

LEONARDO WERNER PEREIRA DA SILVA

**ASPECTOS SOBRE A REGULAÇÃO DA INFRAÇÃO À ORDEM ECONÔMICA
DECORRENTE DE ACORDOS HORIZONTAIS E VERTICAIS ENTRE AGENTES
ECONÔMICOS NO DIREITO ANTITRUSTE BRASILEIRO**

CURITIBA

2003

LEONARDO WERNER PEREIRA DA SILVA

**ASPECTOS SOBRE A REGULAÇÃO DA INFRAÇÃO À ORDEM ECONÔMICA
DECORRENTE DE ACORDOS HORIZONTAIS E VERTICAIS ENTRE AGENTES
ECONÔMICOS NO DIREITO ANTITRUSTE BRASILEIRO**

**Monografia apresentada ao Curso de
Graduação em Direito, Setor de
Ciências Jurídicas, Universidade
Federal do Paraná, como requisito
parcial à obtenção do grau de Bacharel
em Direito.**

**Orientadora: Prof.^a Dr.^a Marcia Carla
Pereira Ribeiro**

CURITIBA

2003

TERMO DE APROVAÇÃO

LEONARDO WERNER PEREIRA DA SILVA

ASPECTOS SOBRE A REGULAÇÃO DA INFRAÇÃO À ORDEM ECONÔMICA
DECORRENTE DE ACORDOS HORIZONTAIS E VERTICAIS ENTRE AGENTES
ECONÔMICOS NO DIREITO ANTITRUSTE BRASILEIRO

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel no
Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade
Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientadora:



Prof.ª Dr.ª Marcia Carla Pereira Ribeiro
Departamento de Direito Privado, UFPR



Prof. Edson Iser
Departamento de Direito Privado, UFPR

Prof. Carlos Joaquim de Oliveira Franco
Departamento de Direito Privado, UFPR

Curitiba, 04 de novembro de 2003

À minha família, pelo apoio e incentivo durante todo o curso.

À minha orientadora, por ter me apoiado para a realização desta monografia.

Aos meus colegas de escritório, os advogados Sérgio, Rodrigo, Gioser e Eduardo, pela grande contribuição à minha formação jurídica e profissional.

SUMÁRIO

RESUMO	vi
1. INTRODUÇÃO	1
2. O DIREITO DA CONCORRÊNCIA E A ORDEM ECONÔMICA	4
2.1. Princípio da Livre Iniciativa	9
2.2. Princípio da Livre Concorrência	13
3. A IDENTIFICAÇÃO DAS MATRIZES DA DISCIPLINA ANTITRUSTE BRASILEIRA MEDIANTE UMA ANÁLISE HISTÓRICA	19
4. ASPECTOS SOBRE O TRATAMENTO ATUAL DOS ACORDOS ENTRE AGENTES ECONÔMICOS NO DIREITO BRASILEIRO	24
4.1. Considerações acerca dos Acordos Horizontais e Verticais entre Agentes Econômicos	26
4.1.1. Acordos Horizontais	27
4.1.2. Acordos Verticais	31
4.2. Os Objetos e Efeitos Concretos ou Potenciais da Infração à Ordem Econômica	35
4.2.1. Limitação, Falseamento ou Prejuízo da Livre Iniciativa ou Livre Concorrência	36
4.2.2. Domínio de Mercado Relevante de Bens e Serviços.....	37
4.2.2.1. Mercado relevante material (ou de produtos)	38
4.2.2.2. Mercado relevante geográfico	40
4.2.3. Abuso de Posição Dominante	41
4.2.4. Aumento Arbitrário de Lucros	45
5. A PREVENÇÃO E A REPRESSÃO AOS ACORDOS PERPETRADOS COM INFRAÇÃO À ORDEM ECONÔMICA EM NÍVEL ADMINISTRATIVO NO DIREITO BRASILEIRO	47
5.1. O CADE, a SDE e a SEAE	47
5.2. O Procedimento Administrativo para a Apuração da Infração à Ordem Econômica	50
5.3. A Avaliação Prévia dos Acordos Restritivos da Concorrência	53

5.4. A Repressão da Infração à Ordem Econômica decorrente de	
Acordos entre Agentes Econômicos	57
6. CONCLUSÃO	60
LISTA DE REFERÊNCIAS	64
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	67

RESUMO

Esta monografia tem por objeto as questões atinentes à disciplina dos acordos entre agentes econômicos pela Lei 8.884/94. Tais acordos podem ser qualificados como horizontais, se realizados entre agentes econômicos situados no mesmo mercado relevante, ou verticais, se firmados entre agentes situados em mercados relevantes distintos, geralmente complementares entre si.

Estes acordos podem ter várias finalidades e efeitos, os quais podem ser prejudiciais à concorrência. A análise da legalidade destes atos é realizada por meio da atuação dos órgãos administrativos competentes, em especial do CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), que agir tanto na prevenção como na repressão das infrações à ordem econômica. Para a qualificação dos acordos analisados como ilícitos é utilizada a sistemática da Lei 8.884/94.

Com a finalidade de esclarecer tal sistemática, será realizado o estudo da matéria antitruste no ordenamento jurídico brasileiro, partindo do tratamento constitucional para uma melhor análise da legislação antitruste em nível infraconstitucional. Para tanto, é essencial identificar as linhas básicas que norteiam a matéria e que irão orientar a aplicação das sanções e a autorização de atos restritivos da concorrência.

1. INTRODUÇÃO

A livre concorrência é tutelada, dentro do direito brasileiro como um princípio constitucional, orientador da ordem econômica. A importância de tal princípio dentro de uma economia de mercado não pode ser contestada. Por meio da garantia de sua efetividade, o Estado possibilita uma eficaz defesa dos direitos do consumidor, assegurando que os agentes econômicos busquem melhorar a qualidade de seus produtos e assegurar os preços mais justos, de modo a fazer frente aos seus concorrentes. Também viabiliza a igualdade entre os agentes econômicos, de modo a não permitir acordos que possam eliminar os demais concorrentes e impedir a entrada de outros. Além disso, como será demonstrado nesta monografia, a livre concorrência pode ser usada como um importante instrumento para a política econômica.

Ao Estado cabe então atuar de modo a possibilitar a máxima proximidade de um ambiente de concorrência perfeita. Da leitura da obra de LUÍS CABRAL DE MONCADA, foi possível para CELSO RIBEIRO BASTOS salientar quatro pressupostos para a instituição de um ambiente de livre concorrência: homogeneidade dos produtos, atomicidade dos mercados, mobilidade dos fatores de produção e transparência dos preços. Todavia, é nítida a impossibilidade de se atingir estes objetivos, mesmo porque sempre haverá grandes diferenças entre as possibilidades de cada agente empresarial em conquistar o mercado.¹ Cabe ao direito definir o modo pelo qual haverá a censura às condutas que comprometam a estrutura da livre concorrência.

A atuação do Estado deverá ser tal que garanta tanto a realização do interesse particular dos empresários que desejam disputar determinado mercado, como o interesse da coletividade, ao preservar a concorrência entre os agentes econômicos e a proteção dos direitos do consumidor.²

Desta forma, o direito brasileiro optou por censurar as condutas consideradas anticoncorrenciais, mas, desde que tenham por objeto, possam

¹ BASTOS, C. R.; MARTINS, I. G. **Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1990, v. 7, p. 99, 100.

² GONÇALVES NETO, A. de A. **Apontamentos de Direito Comercial**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 1998, p. 232

produzir ou efetivamente produzam efeitos negativos para a ordem econômica, conforme o disposto nos artigos 20 e 21, da Lei 8.884, de 1994.

De modo que a lei vem oferecer o instrumental necessário para a proteção acordos entre agentes econômicos que comprometam a livre concorrência e, logo, a livre iniciativa, da qual é decorrência direta. De fato, a livre concorrência possibilita o exercício da livre iniciativa em sua plenitude, na medida em que assegura o direito de qualquer cidadão ingressar em determinado setor da economia ou mercado relevante, pois impede a adoção de condutas que venham a dominar tal mercado, sem que isto decorra da maior eficiência do agente econômico em relação aos seus competidores, conforme o artigo 20, § 1º, da Lei 8.884/94.

Conforme se pode notar do próprio texto da Constituição Federal, no artigo 173, § 4º, o direito brasileiro reconhece a existência do poder econômico, inerente à economia de mercado. É natural que determinado agente econômico, por uma série de fatores, demonstre grande superioridade em relação aos demais. No entanto, a lei coíbe que o agente em tal posição venha a adotar condutas anticoncorrenciais, podendo comprometer ou efetivamente tolher a atuação dos demais concorrentes e a entrada de novos empresários. Também são repelidas as condutas que, potencial ou efetivamente, importem em aumento arbitrário de lucros.

A presente monografia irá considerar alguns aspectos sobre a disciplina no direito brasileiro dos acordos entre agentes econômicos, tendo em vista que tais acordos podem produzir efeitos prejudiciais à concorrência. Restringir-se-á, todavia, à regulação da concorrência perpetrada com infração à ordem econômica, distinta da concorrência desleal. Consoante a lição de FÁBIO ULHOA COELHO, tal distinção pode ser realizada da seguinte forma: a concorrência desleal é reprimida nas esferas civil e penal, e os interesses referem-se apenas aos agentes econômicos diretamente envolvidos. De outra sorte, a infração da ordem econômica compromete as próprias estruturas da concorrência e é reprimida, em regra, em nível administrativo.³

Entretanto, para proceder ao estudo conforme o acima proposto, é preciso ter em mente as observações de EROS ROBERTO GRAU e PAULA FORGIONI, ao afirmarem que a interpretação do direito “não pode ser feita em tiras, aos pedaços.

³ COELHO, F. U. **Curso de Direito Comercial**. 5. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2001, v. 1, p. 182.

Não se interpreta, portanto, o texto de lei, mas o direito, lançando-se mão de um processo hermenêutico que considera o ordenamento jurídico como um todo e, conseqüentemente, o sistema de princípios que lhe é subjacente. Não se pode interpretar isoladamente a Lei nº 8.884, de 1994, apartando-a das ordens econômica e jurídica brasileiras”.⁴

Inicialmente, será analisado o enquadramento da matéria concorrencial dentro da ordem econômica na Constituição de 1988, realizando-se um breve apanhado histórico da evolução das Constituições brasileiras neste particular.

A seguir, serão realizadas algumas considerações sobre a evolução da disciplina antitruste, desde o momento em que se percebeu a importância da livre concorrência. Também será demonstrada a evolução da disciplina antitruste brasileira e suas particularidades, passando a identificação das suas matrizes teóricas, contrastando com a evolução do antitruste nos Estados Unidos.

Os dois últimos capítulos assentarão as bases em que a Lei 8.884/94 disciplinou a prevenção e repressão das condutas anticoncorrenciais resultantes de acordos horizontais e verticais entre concorrentes, que somente serão punidas se tiverem o objeto ou efeito potencial comprometer a livre concorrência, mediante a ocorrência de conseqüências potenciais explicitadas no artigo 20, da Lei 8.884/94. Por fim, serão realizadas algumas considerações sobre a repressão antitruste em nível administrativo, em especial acerca da atuação do Conselho Administrativo de Direito Econômico (CADE), e de seus auxiliares, a Secretaria de Direito Econômico (SDE) e a Secretaria de Acompanhamento Econômico.

⁴ GRAU, E. R.; FORGIONI, P. Restrição à concorrência, autorização legal e seus limites – Lei 8.884, de 1994 e Lei 6.729, de 1979 (“Lei Ferrari”). **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo, v. 114, p. 260, abril-junho de 1999.

2. O DIREITO DA CONCORRÊNCIA E A ORDEM ECONÔMICA

Antes de tratar especificamente da regulamentação do direito da concorrência pela Constituição Federal de 1988, é importante realizar uma breve análise histórica da evolução da disciplina da concorrência.

Uma análise satisfatória não pode prescindir da afirmação feita por PAULA FORGIONI, ao informar que a regulação da concorrência não surgiu no mesmo momento histórico em que ocorreu o advento do modo de produção capitalista. Explicando melhor esta afirmativa, a autora distingue entre regras reguladoras da conduta dos agentes econômicos, as quais visam apenas disciplinar as situações surgidas quando duas ou mais pessoas buscam vender a outras um mesmo bem ou bens semelhantes, e a regulação da concorrência correlata a um discurso técnico-econômico, na qual a concepção da concorrência vincula-se diretamente à idéia de regulação do mercado. Naquele primeiro sentido, o objetivo da regulação da concorrência seria simplesmente o de eliminar distorções por razões estritamente práticas, ligadas ao fornecimento de mercadorias, sem tratamento sistemático. Para a autora, esta situação persistiu até o século XVIII. A partir deste momento e com o surgimento do Estado liberal, a regulamentação da concorrência adquiriu outra conotação, ligada ao segundo sentido supramencionado, na qual a finalidade é regular a conduta daqueles que exercem a atividade econômica dentro do mercado.⁵

De modo que interessa analisar brevemente a evolução do tratamento da concorrência dentro do Estado liberal, passando pelo *Welfare State*, e chegando-se ao atual modelo de defesa da concorrência esboçado pela Constituição Federal vigente.

No Estado liberal, conforme salienta EROS ROBERTO GRAU, o Estado não deveria interferir na economia, sendo que a sua atuação se limitaria à defesa da propriedade e à produção do direito. Tendo em vista o momento histórico de seu surgimento, buscava harmonizar os valores liberdade e igualdade, mas sem atuar de modo a garantir o direito à igualdade. A consequência da aplicação destes princípios foi o domínio do poder econômico pela burguesia e, logo, uma igualdade perante a

⁵ FORGIONI, P. **Os fundamentos do antitruste**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 25-31.

lei sem qualquer correlação com a realidade.⁶ Segundo o pensamento liberal, o mercado surgiu como uma zona de proteção da iniciativa individual na atividade econômica, perante um Estado que só viria a comprometer o desenvolvimento econômico.*

Isto não significa dizer, porém, que o Estado não atuava no domínio econômico, como salienta IVO DANTAS, demonstrando que havia legislação em matéria econômica no Estado liberal, pois se disciplinava a relação entre os meios de produção e a força de trabalho.⁷ Todavia, a intervenção promovida pelo Estado liberal era imperfeita e o mercado incapaz de auto-regulação. Tal fato foi amplamente demonstrado pelos profundos abalos na ordem econômica, causados sobremaneira por guerras e crises econômicas.⁸ As conseqüências, apontadas por GERALDO DE CAMARGO VIDIGAL, incluíram a injusta repartição das riquezas, o surgimento de monopólios e a ocorrência de crises sócio-econômicas periódicas, pois é falsa a idéia de que o mercado é capaz de conciliar o interesse individual e o coletivo.⁹

Conclui-se, portanto que o Estado de bem-estar social não inaugurou a intervenção estatal na economia, apenas passou a fazê-lo de modo mais eficiente e com melhores instrumentos. CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, enfatiza que:

A inserção de normas econômicas na Constituição faz garantir os princípios que fundamentam a democracia, estabelecendo um limite negativo de atuação do Estado, quer quanto às políticas públicas adotadas, quer quanto à legislação positivada que não podem

⁶ GRAU, E. R. **A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 15-19.

O conceito de mercado pode ser tomado em sentido genérico, no qual é definido como o local onde estão os consumidores e produtores de uma certa zona ou região econômica. Em sentido técnico-econômico, não é um local geográfico, mas representa um processo, uma situação de ajustamento constante que ocorre entre a oferta, realizada ou possível, de bens e serviços, e a demanda, efetiva ou esperada, desses mesmos bens e serviços. A situação do processo de mercado em um determinado tempo é verificada pela estrutura de preços e definida pelas escolhas dos agentes econômicos. É mediante o mercado que os produtos são encaminhados pelos produtores aos consumidores, por um determinado preço, que satisfaça todos os compradores e vendedores. Na economia de mercado pura, haveria a livre formação dos preços, mediante a ação da "mão invisível", que atua mediante a livre concorrência.

⁷ DANTAS, I. **Princípios Constitucionais e Interpretação Constitucional**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995, p. 17-22.

⁸ BASTOS, C. R. **Curso de Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 461.

⁹ VIDIGAL, G. de C. **Teoria Geral do Direito Econômico**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 14.

destoar daqueles, e uma determinação positiva para a conduta do Estado, que tem de se comportar de maneira conforme e compatível com aqueles princípios.¹⁰

Com relação a esta intervenção, porém, deve-se salientar que, “embora o capitalismo reclame a estatização da economia, o faz tendo em vista a sua própria integração e renovação (modernização). Essa estatização, pois, não configura passo no sentido de socialização/coletivização; antes pelo contrário, o Estado, no exercício de sua função de acumulação, promove a renovação do capitalismo”.¹¹ A intervenção estatal não tem por objetivo destruir o mercado, e sim organizá-lo, com a finalidade de utilizar os seus instrumentos de aferição de eficácia, essenciais para o desenvolvimento econômico, mas impedindo que venha a gerar crises, repartição desigual das riquezas, ou formar monopólios.¹²

⁴ O Estado contribui com a reprodução do modo de produção capitalista, legitima esta dominação, mediando os conflitos de classe, exercendo também uma repressão fundada na hegemonia do capital. Como assinala EROS ROBERTO GRAU, o direito positivo, em especial a Constituição formal, é o principal meio utilizado pelo Estado para esta mediação. Quando a Constituição autoriza a intervenção estatal, está defendendo os interesses do capitalismo, tendo em vista que a preservação de suas estruturas requer que se impeça que os interesses de um capitalista se sobreponham aos interesses do sistema.¹³ A disciplina da ordem econômica confere “operacionalidade plena ao poder detido pelas classes dominantes”.¹⁴ Um dos modos pelo qual isto ocorre é o reconhecimento pelo Estado dos direitos sociais, que importa na promoção de ações no sentido de garantir a todos um mínimo de condições de se desenvolver como pessoa humana, não apenas nas abstenções que marcaram os direitos individuais, típicos do modelo de Estado liberal.

Como modo de viabilizar estas ações, a matéria econômica passou a estar na pauta do Estado, que começou a disciplinar a matéria tanto em sede legislativa, como em sede administrativa. Os mais variados temas foram amplamente regulamentados, incluindo a concessão de crédito, as relações de trabalho, o

¹⁰ ROCHA, C. L. A. Constituição e Ordem Econômica. In: **Debate sobre a Constituição de 1988**. 1ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2001, p. 14.

¹¹ GRAU, op. cit., p. 22.

¹² VIDIGAL, op. Cit., p.16.

¹³ GRAU, op. cit., p. 23-30.

¹⁴ Ibid., p. 29.

funcionamento de bancos, o comércio exterior e concorrência.¹⁵ A disciplina da atividade econômica, que alhures esteve nas mãos do mercado, tornou-se incumbência do Estado.

De modo que surgem, no Estado contemporâneo, conforme salienta EROS ROBERTO GRAU, normas de intervenção por direção, que dão instrumentalidade às políticas públicas voltadas à persecução de determinados fins em certos setores da atividade econômica, com a finalidade de produzir mudanças na ordem jurídica. Desta forma, a regulação das obrigações e contratos, típica do Direito Privado, ganha outra conotação, de modo que tais institutos sejam verdadeiros instrumentos para a promoção das políticas econômicas em nível nacional. Além disso, estas normas vêm explicitar a existência de situações que merecem tratamento jurídico diferenciado. Cumpre salientar, outrossim, a convivência de duas modalidades de normas sobre matéria econômica, quais sejam as de direção, de conteúdo positivo, e as de proteção, para evitar danos a parte mais fraca.¹⁶

No Brasil, o fenômeno econômico ganhou *status* constitucional a partir da Carta de 1934, que consagrou no texto constitucional a expressão ordem econômica, apesar de ser enquadrada no mesmo título que a ordem social. Cumpre observar, com CELSO RIBEIRO BASTOS, que não procede a afirmação de que a Constituição econômica passou a existir em nosso ordenamento jurídico apenas naquele momento, tendo em vista que a regulação da matéria econômica se encontrava implícita na ordem jurídica. O que fez o constituinte de 1934 foi tornar explícita a ordem econômica no texto constitucional.¹⁷ Tendo em vista que neste momento histórico prevalecia o liberalismo econômico na orientação do legislador e do aplicador da lei, a Constituição de 1934 manteve tal orientação da economia, nada dispondo acerca da disciplina da concorrência. Conforme o pensamento de JOSÉ AFONSO DA SILVA, este fato não significa um “sopro de socialização”, pois se manteve o modo capitalista de produção, sendo que a atuação do Estado apenas é uma tentativa de arrumar a desordem provocada pelo liberalismo, impondo certos

¹⁵ COMPARATO, F. K. O indispensável direito econômico. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 353, p. 15-17, março de 1965.

¹⁶ GRAU, op. cit., p. 41-45.

¹⁷ BASTOS, op. cit., p. 6.

condicionamentos que se destinam a criar os meios para a expansão do capitalismo¹⁸.

A Constituição de 1937, por sua vez, procurou substituir a ordem capitalista por uma ordem corporativista. O Estado daria proteção e assistência às corporações encarregadas da economia de produção. Como forma de viabilizar a atuação estatal, foram criadas várias autarquias.¹⁹ Importa salientar que durante a sua vigência surgiu mais uma forma de intervenção do Estado na economia – a sociedade de economia mista.

Após a redemocratização, com a promulgação da Constituição de 1946, restabelece-se a ordem capitalista da economia, mas com uma tendência fortemente intervencionista.²⁰ Todavia, a intervenção estatal na economia estaria subordinada à verificação do interesse público, tendo por limite os direitos fundamentais assegurados pela Constituição, consoante o disposto no artigo 146. O artigo 148, por sua vez, incorporou a disciplina da concorrência no texto constitucional, ao dispor que “a lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais e sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros.”

A Constituição de 1967 inova ao incorporar o desenvolvimento econômico como um princípio orientador da ordem econômica, que está subordinado ao princípio da justiça social. Outro ponto importante foi a elevação ao nível de princípio da repressão do abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros.

A Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, teve o mérito de separar o título relativo aos direitos sociais do título relacionado à ordem econômica e financeira. Manteve-se a repressão do abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros, como princípio orientador da ordem econômica.

A Constituição de 1988 consagrou a promoção da livre concorrência como princípio orientador da ordem econômica, de modo distinto das constituições

¹⁸ SILVA, J. A. da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 762.

¹⁹ BASTOS, op. cit., p. 464.

²⁰ BASTOS, op. cit., p. 464.

anteriores, já que se tomava como base a repressão às práticas comprometedoras da livre concorrência. Ao invés de tratar a disciplina da concorrência em seu aspecto negativo, a Constituição vigente trata da promoção da livre concorrência, como será analisado adiante.

Neste aspecto, a proteção da soberania nacional ganha grande relevo, como poderoso argumento para o fortalecimento da indústria e tecnologia nacional ao mesmo tempo em que se adotam medidas protecionistas do mercado interno, a fim de garantir competitividade do produto nacional no mercado internacional.²¹ É necessário que o Estado harmonize as necessidades de regulação do mercado interno com o mercado exterior.²²

De qualquer modo, como assinala o *caput* do artigo 170, da Constituição Federal, a ordem econômica deve buscar assegurar uma existência digna a todos, conforme os parâmetros da justiça social. A sua promoção, como imposição constitucional, por meio da distribuição equitativa da riqueza, subordina a interpretação e a aplicação de todos os dispositivos relativos à ordem econômica. Embora se reconheça que os princípios indicados pela Constituição como orientadores da ordem econômica privilegiam a manutenção e a expansão do capitalismo, também se deve observar que outros princípios, como a defesa do consumidor e a busca do pleno emprego, vêm dar concreção aos anseios de justiça social dentro de uma ordem capitalista.²³

De modo que, para a análise da disciplina da concorrência, interessa aprofundar o estudo do princípio da livre iniciativa, bem como do princípio da livre concorrência, os quais devem ser levados em conta para a distinção entre a concorrência legal e a concorrência perpetrada com abuso da ordem econômica.

2.1. Princípio da Livre Iniciativa

A consolidação do princípio da livre iniciativa foi de vital importância no contexto histórico em que surgiu o Estado liberal, alterando o sistema de produção anteriormente adotado, regido por regras restritivas e marcado pelo Estado

²¹ GRAU, op. cit., p. 30-35.

²² VIDIGAL, op. cit., p. 47

²³ SILVA, op. cit., p. 762-766.

monopolista, e que conferiu aos particulares maior liberdade no desenvolvimento da atividade econômica. De fato, se o particular iria assumir os riscos da atividade empresarial, este necessitaria tal liberdade para promovê-la.²⁴

No Brasil, o alvará de 1º de abril de 1808, emitido por D. João VI foi importante na instituição do princípio da livre iniciativa, autorizando a qualquer súdito explorar atividades econômicas. Até então, vigorava o regime de monopólio estatal, presente durante todo o período colonial.²⁵

Posteriormente, houve a consagração da livre iniciativa em nível legislativo e constitucional, *status* hoje ocupado pela livre iniciativa na ordem jurídica brasileira, envolvendo, segundo afirma JOSÉ AFONSO DA SILVA, “a liberdade de indústria e comércio ou liberdade de empresa e a liberdade de contrato”,²⁶ e somente isto, pois houve a superação da noção de livre iniciativa correlata ao Estado Liberal, em que se concebia a propriedade como absoluta e que permitia aos agentes econômicos que regulassem sua conduta como lhe parecesse melhor. Ao invés disso, para JOSÉ AFONSO DA SILVA, a livre iniciativa passou a ser condicionada à promoção da justiça social e dos interesses coletivos, entendendo como ilegítima a atividade econômica direcionada apenas à satisfação pessoal do empresário e à obtenção de lucro.²⁷

Por outro lado, em relação ao tratamento da economia adotado na Constituição Federal de 1988, FÁBIO ULHOA COELHO conclui que prepondera na orientação constitucional o modelo neoliberal, o qual conceitua como “o modelo econômico definido na Constituição que se funda na livre iniciativa, mas consagra também outros valores com os quais aquela deve se compatibilizar”.²⁸ Do conceito formulado pelo autor pode-se extrair uma conclusão fundamental: em que pese a Constituição ter adotado a livre iniciativa como fundamento da ordem econômica, o legislador, ao disciplinar a matéria econômica, deverá levar em conta os valores consagrados no texto constitucional, em especial no artigo 170, como limites ao exercício da livre iniciativa. Assim, FÁBIO ULHOA COELHO rejeita a conclusão apresentada por JOSÉ AFONSO DA SILVA, afirmando que nada há de ilegítimo na

²⁴ FORGIONI, op. cit., p. 46-50; 52, 53.

²⁵ FORGIONI, op. cit., p. 93

²⁶ SILVA, op. cit., p. 769.

²⁷ Ibid., p. 770.

²⁸ COELHO, op. cit., p. 180.

busca pelo empresário do lucro e da satisfação pessoal, o que, na realidade, é o fator que impulsiona o agente a assumir os riscos da atividade econômica.²⁹

Consoante o entendimento de WERTER FARIA, a Constituição brasileira acolheu o princípio da livre iniciativa não somente como um direito fundamental dos indivíduos, mas sim como uma pedra angular do estado democrático de direito.³⁰ Das conseqüências da inclusão do princípio da livre iniciativa como fundamento da ordem econômica podem ser citados dois aspectos importantes, ainda segundo a lição de FÁBIO ULHOA COELHO. Em primeiro lugar, conclui-se pela constitucionalidade dos preceitos legais que tenham por finalidade fomentar a atividade econômica e sua exploração pelos particulares. Neste sentido, o princípio tem a finalidade de orientação da atividade de interpretação das normas infraconstitucionais relativas à ordem econômica.³¹ A este respeito, LUÍS ROBERTO BARROSO, ao comentar a atividade do Estado ao disciplinar a ordem econômica, assinala o fato de que as normas emanadas de tal atuação são cogentes e, portanto há interferência, e mesmo retração no âmbito da livre iniciativa, que não pode ser considerada como um princípio absoluto. Por outro lado, não é cabível a ingerência estatal a ponto de esvaziar o conteúdo da livre iniciativa.³²

O segundo aspecto refere-se à vedação de que qualquer pessoa venha a desenvolver atos que impeçam a exploração de atividade econômica pelos particulares. Saliente-se que tal vedação refere-se tanto ao Estado em sua atividade administrativa e legislativa, como em relação aos demais particulares no desempenho de sua atividade empresarial, que deverá ser exercida de modo a respeitar a livre concorrência, tema que será mais bem analisado adiante.³³

Para CELSO RIBEIRO BASTOS, a liberdade de iniciativa é direito fundamental do cidadão, e “equivale ao direito que todos têm de lançarem-se ao mercado da produção de bens e serviços por sua conta e risco.”³⁴ Disto decorre que o Estado não poderá proceder de modo a restringir a liberdade do particular, tanto que a Constituição indica, no artigo 174, que o planejamento econômico somente é

²⁹ COELHO, op. cit., p. 180 e 181.

³⁰ FARIA, W. R. **Constituição Econômica: liberdade de iniciativa e de concorrência**. 1 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1990, p. 106.

³¹ COELHO, op. cit., p. 181 e 182.

³² BARROSO, L. R. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 795, p. 70, janeiro de 2002.

³³ COELHO, op. cit., p. 181 e 182.

³⁴ BASTOS, op. cit., p. 16.

determinante para o setor público, sendo meramente indicativo para o setor privado. No entanto, deverá o Estado limitar a atuação do particular, de acordo com os princípios consagrados na Constituição com vistas a permitir a promoção do desenvolvimento econômico e da justiça social. De modo que regra para a intervenção do Estado é a da subsidiariedade.³⁵

EROS ROBERTO GRAU, ao definir o princípio da livre iniciativa, afirma que uma das faces do princípio corresponde à liberdade de iniciativa no âmbito econômico. Remetendo às origens do princípio, o autor enfatiza que a livre iniciativa foi a garantia de legalidade da burguesia contra o Estado, no que diz respeito à atuação econômica, assim como o princípio da livre concorrência. Deste modo, conclui que do princípio da livre iniciativa decorre a possibilidade de o particular criar e explorar uma atividade empresarial no âmbito privado que será exercida sem qualquer ingerência estatal, a não ser em virtude de lei. Neste passo, EROS ROBERTO GRAU faz uma observação que será fundamental no desenvolvimento desta monografia. Para este autor, o direito à liberdade econômica, como princípio não é, e jamais foi, adotado em termos absolutos e não exclui a atividade reguladora do Estado. Mas não pode haver limitações no que diz respeito a iniciar uma atividade empresarial.³⁶

Cumprе salientar que o Estado deve respeitar a livre iniciativa como um princípio fundante da ordem econômica, sendo a exploração direta de atividade econômica uma exceção, sendo que foi definida *numerus clausus* pelo constituinte no artigo 173,³⁷ isto é, quando houver necessidade ante os imperativos da segurança nacional ou de relevante interesse coletivo.

CELSONO RIBEIRO BASTOS sustenta que a regra da intervenção subsidiária do Estado não comporta exceção, nem mesmo no artigo 174, da Constituição Federal*. Em primeiro lugar, porque não existe Estado de mercado puro, e certamente se conclui a partir de uma análise sistemática da Constituição de 1988, que esta não veio instituí-lo. Assim, dizer que o Estado é agente normativo e regulador da atividade econômica é consequência daquela afirmação, pois é natural

³⁵ BASTOS, op. cit., p. 15-17

³⁶ GRAU, op. cit., p.224-230.

³⁷ BASTOS, op. cit., p. 465.

* Artigo 174, *caput*, da Constituição Federal: "Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado."

que o Estado tenha o controle sobre certos pontos da economia, como a utilização do seu orçamento e a emissão de moeda. Além disso, o Estado deverá agir nos momentos de crise econômica, ou de grande demanda, buscando o equilíbrio da economia. Contudo, esta atuação respeitará a livre iniciativa e será realizada para fiscalizar a conformidade entre o comportamento do particular e as normas legais pertinentes, para auxiliar no implemento da atividade privada e para planejar a sua atividade financeira.

Este também é o entendimento de MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, que, lembrando as teses econômicas contidas na encíclica *Mater et Magistra*, concluiu caber ao Estado “na ordem econômica uma posição secundária, embora importante, já que sua ação deve-se reger pelo chamado ‘princípio da subsidiariedade’ e deve ser tal que ‘não reprima a liberdade de iniciativa particular, mas antes a aumente, para a garantia e proteção dos direitos essenciais de cada indivíduo’”.³⁸

Com relação à concretização, dos princípios consagrados no artigo 170, *caput*, em especial no que se refere à subordinação da livre iniciativa à valorização do trabalho humano, CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA entende que “o que se contém naqueles princípios é rigorosamente a definição da manutenção do sistema capitalista, e a simples figuração constitucional daqueles princípios não é suficiente para assegurar sequer que a transformação deste se dê no sentido do estrito e profundo acatamento e realização da existência digna ali prevista”.³⁹

2.2. Princípio da Livre Concorrência

A livre concorrência possui fundamental importância na economia de mercado, pois força as empresas a aprimorarem suas tecnologias e métodos de produção e a otimizarem seus custos, na busca de oferecer ao consumidor os produtos e serviços de melhor qualidade e com os melhores preços. Sua implicação prática é “o direito de praticar o jogo econômico com os demais empresários que

³⁸ FERREIRA FILHO, M. G. *Curso de Direito Constitucional*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 301.

³⁹ ROCHA, op. cit., p. 22.

desempenham suas atividades no mercado, sem que estes ponham entraves à competição”.⁴⁰

Neste ponto, cabe uma breve digressão histórica para esclarecer o momento em que a concorrência passou a ter importância fundamental dentro da ordem jurídica, e como ocorreu a evolução de sua disciplina. Para esta finalidade, serão utilizadas com maior ênfase as considerações realizadas por PAULA FORGIONI, que trata do assunto com grande profundidade.⁴¹

Após a extinção das corporações de ofício, o Estado teve de conceder maior liberdade aos agentes econômicos, inclusive no que se refere a concorrerem entre si, para que o empresário pudesse buscar sua clientela de modo a recuperar o investimento realizado e buscar o lucro, inclusive mediante a conquista de novos mercados. Neste sentido, a concorrência era desejada pelos agentes econômicos, pois implicava a superação do modelo das corporações de ofício e da intervenção estatal direta na economia. Os monopólios estatais ou autorizados pelo Estado eram considerados um grande mal pela classe burguesa ascendente, e a liberdade de concorrência veio solucionar este problema, proporcionando melhores preços ao consumidor e mais liberdade ao empresário.⁴²

ISABEL VAZ considera que “à medida que desapareciam as ameaças de concorrência, os mestres de ofício tendiam a constituir uma casta fechada, criando uma espécie de nepotismo, cujas conseqüências não tardariam a eclodir. A incompatibilidade era muito clara entre um regime corporativo hermético e egoísta e as necessidades de uma economia móvel e progressiva”.⁴³

Deste modo, não havia preocupação com a limitação da livre concorrência. Todavia, os fatos demonstraram que mesmo a liberdade de concorrência teria de ser limitada, uma vez que a ordem econômica outrora vigente sofreu os males resultantes do monopólio ou oligopólio privados, diante do poder econômico exercido por alguns particulares. A sociedade que havia recém conquistado sua liberdade em relação ao Estado monopolista se viu refém dos detentores do poder econômico, sendo clara a necessidade de se regular a concorrência, sob pena de

⁴⁰ FARIA, op. cit., p. 108.

⁴¹ FORGIONI, op. cit., p. 37-51.

⁴² Ibid., pp. 52-59.

⁴³ VAZ, I. **Direito Econômico da Concorrência**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p.

restarem comprometidas as próprias estruturas do capitalismo então emergente. De modo que, dentro do século XIX e com maior intensidade no século XX, a livre concorrência foi objeto de limitações pelo Estado, que veio a ser atuante na economia, quando se reconheceu a existência do poder econômico.

Na evolução constitucional brasileira, cumprem algumas observações. É necessário salientar que as disposições da Constituição Federal de 1934 enfatizaram a possibilidade do Estado impor limites ao domínio econômico de acordo com as necessidades da vida nacional. Todavia, não houve evolução na disciplina antitruste. Sob o regime da Constituição de 1937, de caráter nitidamente fascista, houve uma intensa proteção da iniciativa privada, tendo surgido o primeiro diploma legal de proteção à concorrência, qual seja o Decreto-lei 869/1938. A Constituição de 1946 incluiu pela primeira vez o princípio da repressão ao abuso do poder econômico. Todavia, em seu artigo 148, optou por censurar as condutas anticoncorrenciais pelas suas finalidades (dominar o mercado nacional, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros), ao invés de discriminá-las pelos seus efeitos.⁴⁴

Na Constituição atual, a livre concorrência foi alçada ao nível de princípio orientador da ordem econômica pelo artigo 170, IV, sendo um dos alicerces da estrutura capitalista. Conforme observa CELSO RIBEIRO BASTOS, a livre concorrência, que decorre diretamente da livre iniciativa, como a “situação em que se encontram os diversos agentes produtores de estarem dispostos à concorrência de seus rivais”.⁴⁵

Para EROS ROBERTO GRAU, que considera dispensável a invocação da livre concorrência como orientador da ordem econômica, por se tratar de decorrência lógica do princípio da livre iniciativa, há três desdobramentos fundamentais do princípio da livre concorrência: a possibilidade de conquistar clientela dentro dos parâmetros legais, a impossibilidade de atuar de modo a deteriorar a concorrência e a posição neutra da parte do Estado perante o “fenômeno concorrencial”, que deverá ter concorrentes em igualdade no ponto de partida, mas que, ao final, estarão em situações desiguais.⁴⁶

⁴⁴ FORGIONI, op. cit., p. 100-108, 114-116.

⁴⁵ BASTOS, op. cit., p. 471.

⁴⁶ GRAU, op. cit., p. 226, 230 e 231

Ao comentar acerca do princípio da livre concorrência, LUÍS ROBERTO BARROSO assinala que:

O princípio da livre concorrência, corolário direto da liberdade de iniciativa, expressa a opção pela economia de mercado. Nele se contém a crença de que a competição entre os agentes econômicos, de um lado, e a liberdade de escolha dos consumidores, de outro, produzirão os melhores resultados sociais: qualidade dos bens e serviços e preço justo. (...) A ele (o Estado) cabe, não assegurar um mercado efetivamente concorrencial, como também criar condições equitativas entre partes naturalmente desiguais, ainda que de forma induzida, e assegurar condições de boa-fé negocial.⁴⁷

De modo que a intervenção indireta do Estado possui importância precípua para garantir que o princípio da livre concorrência irá realmente gerar efeitos, pois é inafastável a presença do poder econômico dentro de uma economia de mercado. FÁBIO ULHOA COELHO salienta que:

Se a organização da economia se pauta na liberdade de iniciativa e de competição, então os agentes econômicos são necessariamente desiguais, uns mais fortes do que os outros. Ou seja, conforme assentou Miguel Reale, o poder econômico não é em si lícito, mas é o instrumento normal ou natural de produção ou circulação de riquezas nas sociedades constitucionalmente organizadas em função do modelo da economia de mercado. Ora, nem a Constituição nem a lei poderia ignorar ou pretender a eliminação do poder econômico. O direito somente pode disciplinar o exercício desse poder, reprimindo as iniciativas que comprometem as estruturas do livre mercado. É apenas a repressão a *certas* modalidades de exercício do poder econômico que a lei pode contemplar em obediência ao mandamento constitucional.⁴⁸

De fato, a Constituição Federal, em seu artigo 173, § 4º, é clara em afirmar que “a lei reprimirá o abuso do *poder econômico* que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”. E tal não poderia ser diferente, pois de nada adiantaria a garantia constitucional à livre iniciativa se algum particular fosse impedido de ingressar em certo setor econômico em virtude de acordos entre agentes econômicos ou abuso de posição dominante conquistada por certa empresa.⁴⁹

A Constituição Federal autoriza o Estado brasileiro a tomar medidas positivas, como aumentar ou diminuir as alíquotas dos impostos de importação e exportação para equilibrar a concorrência em determinado setor do mercado, e

* Os parênteses foram acrescentados pelo autor desta monografia.

⁴⁷ BARROSO, op. cit., p. 62.

⁴⁸ COELHO, op. cit., p. 194.

⁴⁹ FARIA, op. cit., p. 150

medidas negativas, destinadas a eliminar as disfunções do mercado.⁵⁰ Para o cumprimento desta tarefa, o legislador brasileiro teve a inspiração do *Clayton Act*, que além de definir quais as condutas anticoncorrenciais a serem reprimidas, também estipulou que tal repressão somente seria cabível contra os atos que comprometessem a concorrência de modo anormal ou tivessem a tendência a formar um monopólio.⁵¹

Neste ponto, LUÍS CABRAL DE MONCADA assenta que

o objetivo das leis de defesa da concorrência é o de assegurar uma estrutura e comportamento concorrenciais dos vários mercados no pressuposto de que é o mercado livre que, selecionando os mais capazes, logra orientar a produção para os setores susceptíveis de garantir uma melhor satisfação das necessidades dos consumidores e, ao mesmo tempo, a mais eficiente afetação dos recursos econômicos disponíveis, que é como quem diz, os mais baixos custos e preços. A concorrência é assim encarada como o melhor processo de fazer circular e orientar livremente a mais completa informação econômica, quer ao nível do consumidor, quer ao nível de produtores, assim esclarecendo as respectivas preferências. É por isso que a sua defesa é um objectivo de política econômica.⁵²

Como se observa da contribuição de MONCADA, um aspecto fundamental no que se refere à tutela da concorrência é a proteção do consumidor, que, sem a atuação estatal ficaria desprotegido diante do poder econômico que ameaçasse a livre concorrência. Nem por isso tal poder deixará de existir, como foi acima demonstrado e consoante o entendimento de EROS ROBERTO GRAU, que enfatiza o fato de o próprio texto constitucional, no artigo 173 § 4º, reconhecer a sua existência como regra da economia, ao consagrar o “princípio da repressão aos abusos do poder econômico”.⁵³

Além da proteção ao consumidor, há outras duas importantes decorrências do princípio da livre concorrência, como salienta TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR. A primeira é a garantia a todos os agentes econômicos de concorrerem em condições iguais, de modo a promover a desconcentração do poder econômico. A segunda implicação é o surgimento de “extratos intermediários” entre os agentes econômicos de maior e menor poder, para que haja um maior equilíbrio social.⁵⁴

⁵⁰ BASTOS, op. cit., p. 26, 27.

⁵¹ FORGIONI, op. cit., p. 75.

⁵² MONCADA, L. C. Direito Econômico, *apud* BASTOS, op. cit., p. 27.

⁵³ GRAU, op. cit., p. 231.

⁵⁴ FERRAZ JÚNIOR, T. S. A Economia e o Controle de Estado, *apud* GRAU, op. cit., p.232.

Neste respeito, cabe salientar, na linha da exposição de PAULA FORGIONI, que o Estado passou a lançar mão da disciplina da concorrência no âmbito do estímulo, estabilização e direção da economia, como uma importante técnica de regulação do mercado. Assim, o antitruste, como regulação da concorrência entre os agentes econômicos e do abuso do poder econômico, deixou de ser apenas uma forma de reprimir condutas anticoncorrenciais, para se tornar um modo de promover a política econômica, mediante uma atuação meramente legislativa, ao invés de monopolizar ou participar ao lado dos particulares de uma determinada atividade econômica.⁵⁵

⁵⁵ FORGIONI, op. cit., p. 79-81.

3. A IDENTIFICAÇÃO DAS MATRIZES DA DISCIPLINA ANTITRUSTE BRASILEIRA MEDIANTE UMA ANÁLISE HISTÓRICA

Para cumprir o objetivo deste capítulo, cumpre uma breve exposição histórica do desenvolvimento da disciplina da concorrência nos Estados Unidos e no Brasil, de modo a demonstrar qual o fundamento das respectivas leis antitruste.

Na evolução de tal disciplina no direito americano, deve-se ressaltar a importância do *Sherman Act*, criado em 1890, no qual ficou claro que, ao mesmo tempo em que a livre concorrência deve ser preservada, cabe ao Estado resguardar a economia de suas distorções. Assim, proibiu a formação de trustes, coibindo o acordo entre empresas, e também a tentativa ou a efetiva dominação de setores da economia. No entanto, o diploma legal não disciplinava o processo de concentração das empresas, que foi regulado posteriormente pelo *Clayton Act*, que também condenou outras práticas comprometedoras da concorrência, como as vendas casadas.⁵⁶ Conforme é possível verificar, houve a repressão das práticas contrárias à concorrência simplesmente porque poderiam comprometer as estruturas da livre concorrência, sem se perquirir acerca dos efeitos de tais atos.

Analisando a disciplina americana da concorrência, SAMANTHA MEYER-PFLUG salienta que:

A legislação antitruste americana se preocupou precipuamente com questão da dominação econômica. O *Clayton Act* de 1914, por exemplo, procurou aperfeiçoar o *Sherman Act*. Ele concentrou-se na repressão e na inviabilização das *holdings*, chegando até a tomar indicações de cunho trabalhista (...). Depois adveio a criação do *Federal Trade Commission*, seguido do *Robinson Patman Act* de 1936 que inserem-se neste contexto de formação de uma estrutura jurídica no combate ao truste. Vale dizer que o *Robinson Patman Act* foi destinado a repressão dos preços abusivos. O Congresso Americano em 1965 compeliu toda a legislação antitruste americana existente. A partir daí ficou consolidado o combate aos monopólios, como sendo um princípio indispensável à preservação da livre concorrência e do livre mercado, dentro de uma economia competitiva.⁵⁷

A disciplina antitruste norte-americana tem a preservação da concorrência como uma finalidade em si mesma.

No Brasil colônia não havia uma disciplina da concorrência, mesmo porque foi estabelecida uma espécie de monopólio bilateral, o Brasil vendia matéria-prima e

⁵⁶ FORGIONI, op. cit., p. 62-75, 136.

⁵⁷ MEYER-PFLUG, S. Lei Antitruste. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 32, p.201, julho-setembro de 2000.

comprava os produtos exclusivamente de Portugal. Os monopólios eram exercidos ora pela própria metrópole, ora pelas companhias autorizadas pela Coroa Portuguesa. As manifestações contrárias ao regime, oriundas de certos setores da população, tinham por objeto, em princípio, o abuso de posição dominante e o desrespeito ao consumidor.⁵⁸

Com a vinda da família real em 1808, foi instituída a liberdade de iniciativa, possibilitando a todos os súditos explorarem atividades econômicas. Liberdade que não alcançou a sua plenitude tendo em vista a concorrência de produtos estrangeiros que passaram a ter livre trânsito no mercado após a abertura dos portos. Após a proclamação da independência, a economia foi marcada por graves crises, sendo que as manufaturas e indústrias nacionais não conseguiam grandes progressos, principalmente diante da concorrência dos produtos estrangeiros, que permaneceram abastecendo o mercado de modo irrestrito, pois não havia qualquer disciplina por parte do Estado.⁵⁹

Após a proclamação da República, porém, a intervenção do Estado ganhou força, especialmente após a grave crise mundial desencadeada em 1929, quando se intensificou de modo significativo. Todavia a disciplina antitruste somente ganhou relevância com a edição do Decreto-lei 869/1838, que teve por objetivos precípuos a repressão ao abuso do poder econômico e a proteção aos direitos do consumidor. Além disso, houve condenação expressa do aumento arbitrário de lucros, do açambarcamento de mercadorias, do domínio de mercados, entre outras práticas contrárias à livre concorrência. Neste período, foi marcante o caráter nacionalista e protecionista da disciplina antitruste, voltada para a eliminação das disfunções em matéria concorrencial.⁶⁰

Em 1945, foi criado o Decreto-lei 7.666, que disciplinou os atos contrários à ordem econômica e instituiu a Comissão de Defesa Econômica (CADE), subordinada ao Poder Executivo, sendo submetidos ao seu crivo a aprovação de operações societárias e os registros de ajustes e acordos. Deste modo, o Decreto 7666/45 promoveu a repressão das condutas prejudiciais à concorrência em nível administrativo, afastados os atos discriminados como ilegais pelos seus respectivos

⁵⁸ FORGIONI, op. cit., p. 88-90.

⁵⁹ Ibid., pp. 92-100.

⁶⁰ Ibid., pp. 100-108.

efeitos concretos ou potenciais. Em termos práticos, o objetivo do Decreto era a proteção do fabricante nacional.⁶¹

No entanto, somente em 1962 surgiu um diploma legal visando à sistematização da matéria antitruste. A lei 4137/62 instituiu o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), para apurar e reprimir os abusos do poder econômico. Em sua sistemática, somente eram reprimidas as condutas anticoncorrenciais, conforme o artigo 2º, no caso de se promover: domínio de mercado ou eliminação parcial da concorrência; elevação de preços sem justa causa, com a finalidade de aumentar lucros arbitrariamente, sem que haja aumento da produção; condições de monopólio ou abuso de posição dominante para promover o aumento temporário de preços e formação de grupo econômico. Além disso, a nova lei concorrencial passou a prever que as práticas restritivas da concorrência seriam submetidas à aprovação do CADE.⁶²

Conforme bem observa SAMANTHA MEYER-PFLUG, “as leis antitruste brasileiras se caracterizam por inviabilizarem a penetração e a consolidação do capital internacional no País e resguardarem a consolidação do Estado econômico e da incipiente indústria brasileira”.⁶³ Disciplina esta que em muito diverge da norte-americana, a qual busca repelir a concentração de agentes econômicos, como principal finalidade.

Na vigência da Constituição atual foi editada a Lei 8.158/1991, que buscou proporcionar mais liberdade dentro do mercado. Para a regulação em nível administrativo, criou a Secretaria Nacional de Direito Econômico (SNDE), a qual tinha a finalidade de apurar as eventuais anomalias no comportamento de agentes econômicos e propor as medidas cabíveis para a solução de tais problemas⁶⁴. Posteriormente, foi substituída pela Lei 8.884/94, a fim de solucionar a dualidade de legislações concorrenciais, visto que a lei de 1991 revogou apenas parcialmente a Lei 4.137/62, sendo que ambas definiam ilícitos concorrenciais.⁶⁵ De qualquer forma, a partir do momento em que se passou a disciplinar a concorrência no Brasil, é

⁶¹ MEYER-PFLUG, op. cit., p. 202

⁶² FORGIONI, op. cit., p. 114-116, 124-130.

⁶³ MEYER-PFLUG, op. cit., p. 203.

⁶⁴ FORGIONI, op. cit., p. 131-135.

⁶⁵ SALOMÃO FILHO, C. **Direito Concorrencial - as estruturas**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 67.

possível constatar que sua finalidade era correlata a outros objetivos, em especial para a proteção da economia popular.⁶⁶

Diante da breve exposição histórica aqui empreendida, é possível concluir que a disciplina antitruste, nos moldes como é esboçada no direito brasileiro, em muito se afasta da sistemática norte-americana. Na realidade, conforme a lição de FÁBIO ULHOA COELHO, o direito brasileiro aderiu a outra sistemática, oriunda da legislação européia, que adotou a teoria da concorrência-meio, ao contrário da tradição americana, filiada à teoria da concorrência-condição. Explicando melhor, o direito americano vê a concorrência como um fim em si mesmo. Diante disso, são punidas todas as práticas de agentes econômicos que tenham o objetivo de restringir a concorrência. A conduta apenas deixa de ser passível de punição pela aplicação da *rule of reason*, pela qual são reprimidas apenas as práticas que restrinjam a concorrência de forma não-razoável.* Assim, a punição somente é afastada se a conduta é justificável, ou seja, se o ato não foi praticado com a finalidade de restringir a concorrência.⁶⁷ Em 1992, ao definir os fundamentos da interpretação da legislação antitruste, o Departamento de Justiça norte-americano definiu que o *Sherman Act* deveria ser aplicado de modo a favorecer as exportações e combater os cartéis contrários aos interesses nacionais.⁶⁸

Em contrapartida, o antitruste europeu considera que a concorrência é apenas um meio para atingir outras finalidades. A infração é definida a partir do artigo 85 §§ 1º e 2º, do Tratado CE, abrangendo as práticas que possam causar prejuízos ao comércio entre os Estados-membros e que tenham por objeto ou efeito potencial impedir, restringir ou falsear o jogo da concorrência no mercado comum europeu. Assim, a análise compreende os efeitos da conduta, de modo a verificar se houve melhoria na produção e circulação dos produtos, se ocorreu algum avanço tecnológico ou econômico ou se os consumidores foram de algum modo beneficiados, ou ainda outras consequências úteis de acordo com a política econômica adotada. A partir de tal análise a conduta é ou não punida, podendo

⁶⁶ FORGIONI, op. cit., p. 170.

* Deve-se ressaltar que o modelo americano incorporou as isenções, típicas do modelo europeu, as quais foram concedidas para cartéis de exportação, atividades sindicais, associações de agricultores e pescadores, atividades creditícias e de transportes e o *baseball*. (FORGIONI, op. cit, p. 193).

⁶⁷ COELHO, op. cit., p. 197,198

⁶⁸ FORGIONI, op. cit., p.173

inclusive ocorrer a aprovação de atos que comprometam a livre concorrência. A definição do que será objeto de punição é realizada de acordo com a peculiaridade de cada Estado nacional. A proteção da concorrência não é tida como uma finalidade em si mesma, devendo ser realizada pelo Estado para atingir outros fins, especialmente aqueles definidos constitucionalmente.⁶⁹ De modo que o antitruste europeu prevê a regra da isenção, pela qual os acordos restritivos da concorrência são isentos de sanções, quando houver a melhoria da produção ou distribuição de bens, ou ainda o progresso técnico ou econômico, conforme o artigo 85, parágrafo 3º, do Tratado CE. Para simplificar a sistemática adotada, a Comissão encarregada de analisar as práticas restritivas da concorrência elaborou regulamentos explicitando casos de isenção, as quais são concedidas para atividades econômicas e não a pessoas. Desta forma, apenas os casos não abrangidos pelos regulamentos são submetidos à apreciação da Comissão, que pode conceder isenções individuais.⁷⁰

A esta tradição se filia o direito brasileiro,⁷¹ que define como objetivo da ordem econômica assegurar a todos os cidadãos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social. É nestes termos que se deve pensar a disciplina antitruste brasileira, que não visa a proteger a concorrência como um fim em si mesma, como procede o direito americano. Deste modo, serão demonstrados alguns aspectos relativos ao direito antitruste, no que se refere à caracterização da infração à ordem econômica decorrente de acordos entre agentes econômicos. Além disso, será exposto o modo pelo qual a repressão e a prevenção de tais práticas são promovidas pelos órgãos administrativos competentes, bem como o regime de autorização das práticas anticoncorrenciais adotado pelo direito brasileiro, diferentemente do sistema europeu das isenções.

⁶⁹ COELHO, op. cit., p. 198,199

⁷⁰ FORGIONI, op. cit., p. 187-193.

⁷¹ COELHO, op. cit., p. 199

4. ASPECTOS SOBRE O TRATAMENTO ATUAL DOS ACORDOS ENTRE AGENTES ECONÔMICOS NO DIREITO BRASILEIRO

A Lei 8.884/94 disciplina atualmente a matéria relativa à concorrência perpetrada com infração à ordem econômica. Pela sua sistemática, quaisquer das condutas especificadas no artigo 21 somente serão punidas se tiverem por objeto ou gerarem como efeito, potencial ou concreto, uma das situações elencadas no artigo 20, quais sejam a limitação, falseamento ou prejuízo à livre concorrência ou livre iniciativa; o domínio de mercado relevante de bens ou serviços, o aumento arbitrário de lucros ou o exercício de forma abusiva de posição dominante.

A análise dos acordos entre agentes econômicos e de seus efeitos será realizada mais adiante neste capítulo. Agora importa aprofundar um pouco mais a consideração acerca dos termos gerais em que é realizada a disciplina adotada pela Lei 8.884/94.

Em primeiro lugar, deve-se realçar o fato de que a Lei Antitruste brasileira é uma lei de combate ao abuso do poder econômico, pois foi providenciada para atender o disposto no artigo 173, § 4º, da Constituição Federal, que dispõe que a lei deve reprimir o abuso do poder econômico. Além disso, certas práticas que não são prejudiciais à livre concorrência e outras que poderiam inclusive beneficiá-la, como o aumento arbitrário de lucros, são reprimidas pelo antitruste brasileiro.⁷²

Assim, “nem toda a restrição à livre concorrência ou à livre iniciativa é domínio de mercado ou abuso de posição dominante mas não há domínio de mercado ou abuso de posição dominante sem restrição à livre concorrência ou à livre iniciativa, salvo o caso de aumento arbitrário de lucros”.⁷³

Com relação à responsabilização dos agentes econômicos por infração à ordem econômica, em nosso sistema atual, não se atribui relevância à culpa. Como acima salientado, a caracterização da conduta anticoncorrencial como infração à ordem econômica depende da sua adequação a uma das hipóteses mencionadas no artigo 20, da Lei 8.884/94.

Todavia, como salienta FÁBIO ULHOA COELHO, é necessário ter cuidado ao qualificar a responsabilidade do agente econômico como objetiva. Isto porque, ao

⁷² FORGIONI, op. cit., p. 225, 226.

⁷³ Ibid, p. 233, 234.

se falar em responsabilidade objetiva, dentro do direito civil, se tem em mente a responsabilização por ato lícito de um agente que não provocou ou não poderia ter evitado o dano. O fundamento de tal responsabilidade é a possibilidade de o agente socializar a reparação do dano. Isto é o que ocorre, por exemplo, no caso da responsabilização do fornecedor por vícios do produto, que deve reparar o dano mesmo que tenham sido adotadas todas as cautelas necessárias para o controle de qualidade. O fornecedor poderá socializar a repercussão dos danos entre os consumidores. Mas não é este o modelo de responsabilização adotado pela Lei 8.884/94, pois a infração à ordem econômica sempre será um ato ilícito, contrário à lei e à Constituição Federal. De fato, a opção do legislador não foi pelo modelo clássico de responsabilidade objetiva. O que houve foi somente a desconsideração do elemento subjetivo e a valorização dos objetos e efeitos potenciais ou concretos do ato praticado.⁷⁴

Acerca da forma do ato censurável, não há qualquer restrição a este respeito, mesmo porque o artigo 20, da Lei 8.884/94, disciplina atos praticados sob qualquer forma. A título exemplificativo, PAULA FORGIONI menciona como censuráveis “simples trocas de informações, cartas de intenção ou mesmo acordos de cavalheiros”.⁷⁵

Outro ponto importante diz respeito à determinação dos sujeitos que serão responsabilizados pela prática da infração à ordem econômica. Inicialmente, é de se deixar claro que a lei antitruste não se aplica somente a empresas, conforme se pode verificar do artigo 15, da Lei 8.884/94, que dispõe que a lei se aplica “às pessoas jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica”. Em outras palavras, no dizer de PAULA FORGIONI, “qualquer forma de organização dos fatores utilizada como instrumento para o desenvolvimento de uma atividade pode ser considerada sujeito ativo da prática prevista na hipótese normativa”.⁷⁶ De modo que, ainda que o agente não tenha fins lucrativos, poderá ser responsabilizado pela legislação antitruste.

⁷⁴ COELHO, op. cit., p. 203-205

⁷⁵ FORGIONI, op. cit., p. 148.

⁷⁶ Ibid., p. 145.

Neste aspecto, é fundamental a qualificação do ato praticado como resultante de acordo entre empresas ou de abuso de poder econômico. No primeiro caso, serão responsabilizados todos os agentes envolvidos no acordo que tenham contribuído para a prática do ato, ao passo que, na segunda situação, poderá ser responsabilizado apenas um agente. De outra parte, nem todos os agentes econômicos estão aptos a praticar atos contra a ordem econômica, de modo a comprometer as estruturas da concorrência. Aqueles que possuem pouco poder dentro do mercado não têm condições para tanto. Outrossim, o artigo 17, da Lei 8.884/94, é claro em assentar a responsabilidade solidária entre as empresas pertencentes a grupo econômico que pratica infração à ordem econômica.⁷⁷

4.1. Considerações acerca dos Acordos Horizontais e Verticais entre Agentes Econômicos

Os acordos entre agentes econômicos, que podem ou não ser concorrentes entre si, podem gerar disfunções no mercado, sendo capazes de proporcionar a posição dominante às empresas que dele participam. Assim, tendo em vista o que foi exposto até o momento, são reprimíveis aqueles acordos que gerarem um dos efeitos previstos no artigo 20, da Lei 8.884/94, que serão considerados adiante.

A doutrina costuma dividir os acordos entre agentes econômicos em horizontais e verticais, divisão esta que será aqui observada, para fins de facilitar o estudo de tais acordos, que trazem efeitos para a economia em graus bastante diversos.

Será analisada a atuação dos agentes econômicos que, mediante a cooperação com outros agentes econômicos, possam produzir a dominação do mercado relevante em que atuam, ou a definição de condutas e mesmo a dominação de vários mercados relevantes, situados na cadeia produtiva até chegar ao consumidor final.

⁷⁷ FORGIONI, op. cit., p. 140, 142-144.

4.1.1. Acordos Horizontais

Os acordos horizontais são aqueles celebrados por agentes econômicos que concorrem entre si e atuam no mesmo mercado relevante, tanto do ponto de vista geográfico, como material. O objetivo de tais acordos é a eliminação da concorrência no próprio mercado relevante em que atuam as partes do acordo, para que as empresas desfrutem de uma posição mais cômoda no mercado e passem a adotar medidas sem as preocupações que normalmente afetam o agente econômico que atua num mercado competitivo, como a busca do melhor preço para os insumos utilizados, a qualidade do produto e investimentos em tecnologia. Há neutralização dos efeitos que são produzidos pela livre concorrência no mercado, mediante a regulação pelos concorrentes das condições em que competirão no mercado, restando preservada, porém, a autonomia administrativa entre as empresas. Para a tomada de tal decisão, os agentes econômicos envolvidos analisarão alguns fatores, tais como a vantagem obtida em face dos custos para a operacionalização do cartel e da sanção prevista em lei.

Para a melhor compreensão dos acordos horizontais, cabe analisar a contribuição de CALIXTO SALOMÃO FILHO, que adota a teoria dos jogos. Segundo esta teoria, o mercado seria um jogo com um número infinito de rodadas, sendo que, a cada rodada, os agentes econômicos devem atuar de modo a prever as consequências na próxima rodada. Ocorre que em determinados mercados, especialmente naqueles em que há poucos concorrentes, os agentes econômicos decidem pela tomada de decisões de modo conjunto, para evitar eventual concorrência predatória da parte dos outros agentes, que poderia resultar em consequências bastante prejudiciais ao agente afetado.⁷⁸

Não é fácil a tarefa de definir, na prática, a formação de um acordo horizontal usualmente denominado cartel. Isto porque é praticamente impossível que os agentes econômicos venham a documentar o cartel, ainda que por vias oblíquas, mediante acordos formalmente legais. A forma para configuração da prática de cartel pode ser extraída de um exemplo a partir da manifestação da Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), do Ministério da Fazenda, ao analisar a

⁷⁸ SALOMÃO FILHO, C. Apontamentos para formulação de uma teoria jurídica dos cartéis. *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, v. 121, p. 20-23, janeiro-março de 2001.

formação de cartel entre os postos de gasolina do Distrito Federal. Em seu parecer, a SEAE forneceu os seguintes dados para auxiliar na caracterização do cartel: a semelhança das empresas em termos de custos, processos, número de produtos produzidos; a semelhança entre os produtos dos diferentes agentes econômicos, o que dificulta a diferença de preços por não existir variações qualitativas; uma menor elasticidade da demanda, isto é, os consumidores não se deslocam muito para obter o produto, nem o substituem facilmente por outro, facilitando a análise do comportamento dos membros do cartel, quando do aumento ou diminuição de preços; a disponibilização de informações entre os agentes econômicos; e a existência de poucos agentes econômicos, ou de poucas empresas de grande porte, pois quanto menos agentes estiverem envolvidos maior a possibilidade de acordo. Além disso, quanto menor o número de agentes econômicos, mais fácil será o controle da sua atuação em relação às normas do cartel. Cumpre ressaltar que os acordos verticais, a serem estudados mais adiante, oferecem sustentação aos cartéis, por meio, por exemplo, da sugestão do preço final ao distribuidor pelo produtor.*

Da observação da conduta dos agentes econômicos é possível concluir se o fato de os preços de seus produtos alternarem simultaneamente decorre da formação de cartel, visando à eliminação das incertezas próprias do mercado competitivo, ou de características do próprio mercado relevante em que atuam, que os forcem, individualmente, a tomar decisões equivalentes. Um dos modos de efetuar tal distinção é a aplicação da teoria utilizada pelo direito empresarial para a constatação da existência de sociedades de fato, que busca verificar a continuidade dos atos. Haverá maior probabilidade de se configurar a existência do cartel se os atos são praticados com uma certa frequência num período relativamente longo de tempo.

Os elementos acima enunciados facilitam a tarefa do intérprete, o qual não pode olvidar, porém, que para a efetiva configuração da infração é necessário que sejam ou possam ser atingidos um dos efeitos mencionados no artigo 20, da Lei 8.884/94, e podendo neutralizar a concorrência no mercado relevante afetado ou

* Cf. Parecer da SEAE nos autos de Procedimento Administrativo nº 08000.024581/94-77, instaurado *ex officio* pela SDE, contra Sindicato do Comércio Varejista de Derivados de Petróleo do Distrito Federal, Rede Gasol e Rede Igrejinha. (Para mais informações sobre este caso, acessar <http://www.fazenda.gov.br/seae/documentos/pareceres/Infra-Estrutura/PcrPApostosDFPedroab.PDF>).

proporcionar aos agentes econômicos, em conjunto, o exercício de posição dominante. Caso contrário, não estará configurada a infração e o acordo não poderá ser reprimido pela autoridade antitruste. Cabe registrar, neste particular, a opinião de LUÍS FERNANDO SCHUARTZ, que distingue os cartéis que estipulam preços acima do mercado ou diminuição na oferta daqueles que definem formas de colaboração entre os concorrentes⁷⁹. Quanto aos primeiros, o autor assinala que

São normalmente tratados como ilícitos *per se* – isto é, a prova do fato do cartel é, em regra, suficiente para autorizar a conclusão de que se trata de conduta cujo efeito líquido sobre o bem-estar social é negativo. Mesmo o mais fanático defensor do dogma da inadmissibilidade da regra *per se* no direito antitruste brasileiro deveria, se minimamente informado, sentir um certo embaraço ao invocar supostos ‘ganhos de eficiência’ na defesa de um acordo explícito de fixação de preços.⁸⁰

Admite, porém o autor a ponderação no caso de acordos que importem em colaboração entre concorrentes.⁸¹

Os cartéis podem ser constituídos de diferentes maneiras e para diversas finalidades. Em recente relatório elaborado pela SEAE, entendeu pela existência de cartel entre a Companhia Siderúrgica Belgo-Mineira, Gerdau S.A. e Siderúrgica Barra Mansa, na venda de vergalhões de aço, produto com mínimas possibilidades de substituição. Em sua fundamentação, o parecer indicou a prática de uma política discriminatória de preços, pela qual os concorrentes determinaram que seriam ofertados produtos a preços superiores a certos consumidores, que habitualmente compravam de um dos agentes econômicos envolvidos, de modo a garantir a divisão do mercado.*

O cartel também poderá estabelecer a equivalência nos preços adotados entre os concorrentes. Neste sentido, a mesma SEAE, ao concluir investigação conjunta com a SDE, acerca da atuação dos postos de gasolina de Florianópolis, concluiu que havia colusão para a fixação dos preços dos combustíveis, os quais

⁷⁹ SCHUARTZ, L. F. Ilícito Antitruste e acordos dentre concorrentes. **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo, v. 124, p. 67-69, outubro-dezembro de 2001.

⁸⁰ Ibid., p. 62.

⁸¹ Ibid., p. 67-69.

* Cf. Parecer da SEAE nos autos de Procedimento Administrativo nº 08012.004086/2000-12, em que são representantes o Sindicato das Indústrias de Construção Civil de Grandes Estruturas de São Paulo – SINDUSCON/SP e Sindicato das Empresas de Compra, Venda, Locação e Administração de Imóveis Residenciais e Comerciais de São Paulo – SECOVI/SP, e representados a Companhia Siderúrgica Belgo-Mineira, Gerdau S.A. e Siderúrgica Barra Mansa (Vide <http://www.fazenda.gov.br/seae/documentos/pareceres/Bens%20Duráveis/PcrParecer291PA080120040862000-21.PDF>).

eram definidos em valores acima do normal. Neste caso, também se pode extrair outra conclusão: a existência de guerra de preços num mercado relevante não necessariamente ilide a possibilidade de existência de cartel, podendo ser adotada diante de grande pressão dos consumidores e da mídia, favorecida por fatores tais como o desejo de fornecedores, insatisfeitos com o procedimento de cartel, de se estabelecer no mercado.

Tais acordos tolhem o que há de mais básico na concorrência, isto é, a possibilidade de que a atuação independente de diversos agentes econômicos no mercado venha a regular as decisões de cada agente econômico na fixação do menor preço possível tendo em vista os custos de produção. Saliente-se que, para se decidir pelo aumento dos preços ou pela diminuição da oferta, os agentes econômicos deverão analisar se tal medida não irá importar o aumento da competitividade dos agentes que estiverem de fora do cartel. Estes podem adentrar um mercado que antes não lhes interessava, passando a oferecer condições mais vantajosas aos consumidores.

Além das hipóteses acima mencionadas, os acordos podem prever a elevação sistemática dos preços, em porcentagens pré-estabelecidas. Outras possibilidades são a fixação de um preço mínimo de venda, a estabilização dos preços, a redução das quantidades ofertadas e a imposição dos preços por um agente detentor de grande poder econômico, por meio do *price leadership*.

Este último caso, porém, não é propriamente um acordo, pois muitas vezes os agentes econômicos não possuem a capacidade de se opor ao *price leadership*, caracterizando o exercício abusivo de posição dominante. Contudo, ao contrário do que pode parecer, a *price leadership* não configura necessariamente a infração à ordem econômica, devendo, para tanto, se enquadrar num dos incisos do artigo 20, da Lei 8.884/94. Portanto, se o *price leadership* resultar de um processo natural dentro do mercado, não haverá conduta a ser punida.

Por outro lado, se houver isonomia entre os agentes econômicos que firmarem o cartel, poderá ocorrer facilmente a guerra de preços. De modo que, para haver estabilidade no cartel, será necessário que alguns dos agentes possua maior poder econômico. Além disso, para a efetividade do cartel, é necessário analisar a existência de concorrência potencial, pois pode ocorrer que outros agentes entrem

no mercado relevante e impeçam o exercício de posição monopolística por parte do cartel.

Todavia, embora os cartéis sejam, via de regra, prejudiciais à economia, é possível que a autoridade antitruste venha a permitir a sua continuidade, deixando de aplicar as sanções previstas, desde que não haja abuso de posição dominante ou aumento arbitrário dos lucros, se o cartel trazer algum benefício para a economia, como o fortalecimento das empresas perante o mercado estrangeiro e o próprio fortalecimento do sistema econômico, além da possibilidade do consumidor efetuar previsões com relação à formação dos preços. Neste campo, enquadram-se os acordos destinados à colaboração entre os concorrentes, que podem trazer ganhos em termos de bem-estar social.

4.1.2. Acordos Verticais

Quando se fala em acordos verticais, deve-se ter em mente que os agentes econômicos que firmam tal acordo se situam em mercados relevantes distintos, podendo ser complementares entre si.

Normalmente, os agentes se situam em pontos de uma linha vertical entre os diversos níveis da cadeia de circulação dos produtos, partindo da obtenção da matéria-prima até o consumidor final. Através desta cadeia, podem existir diversos agentes econômicos, sendo que cada qual se situa num mercado relevante distinto. De modo que o acordo vertical será realizado entre agentes posicionados em mercados relevantes distintos. Desta última assertiva, pode-se extrair uma conclusão importante: o acordo vertical pode produzir efeitos contrários à concorrência em vários mercados relevantes distintos. Assim, o direito antitruste vem tutelar acordos restritivos da concorrência firmados entre não-concorrentes.

Os efeitos dos acordos verticais podem ser sentidos no mercado relevante do produtor do bem ou serviço, no mercado em que atuam os distribuidores ou ainda no mercado de fornecimento de bens para o produtor. Quanto a tais acordos, há doutrinadores que entendem que os seus efeitos são tão maléficos quanto os produzidos pelos cartéis, enquanto outros pensam que trazem melhorias na competição entre produtores.

Entre estes últimos, se situam os teóricos da Escola de Chicago, que acreditam que os acordos verticais levam a reduções no custo de distribuição; melhoram as condições para a entrada de agentes econômicos na fase de distribuição, na medida em que facilitaria pra estes o retorno de seu investimento; impedem a atuação de *free riders*,* que viriam a denegrir a imagem do produto; e asseguram a estabilidade do mercado de distribuição, diminuindo as probabilidades de que um agente econômico viesse a incorporar o outro.⁸²

Um exemplo de acordo vertical permitido pelo ordenamento jurídico é a franquia, que é reconhecido como um meio para auxiliar no desenvolvimento do país. Tal acordo prevê que o franqueador, que teria grandes despesas em estabelecer uma rede de distribuição, cede a outra empresa o uso de sua marca ou produto, aí incluídos além dos bens para revenda, toda a estrutura em termos de equipamentos, *marketing* etc.

Por meio da franquia, há vantagens para as duas partes, visto que o franqueador amplia a oferta de seu produto sem ter de efetuar novos investimentos, e o franqueado inicia a atividade econômica comercializando produtos ou serviços com espaço no mercado. Ocorre que normalmente tais contratos prevêem a possibilidade de o franqueador fixar os preços a serem cobrados pelo franqueado. De modo que, por meio disso, não se estabelece concorrência entre franqueador e franqueado, visto que ambos sempre se utilizam dos mesmos preços.

AMÉRICO LUÍS MARTINS DA SILVA conclui que tais cláusulas implicariam infração à ordem econômica, por configurarem a conduta prevista no artigo 21, inciso XI, pelo qual seria passível de repressão a imposição, no comércio de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e representantes, preços de revenda, descontos, condições de pagamento, quotas de venda ou outras condições de comercialização. Além de restringir a livre concorrência, tal conduta caracterizaria abuso de posição

* *Free riders* são comerciantes que pouco investem para a instalação de suas lojas, contratam mão-de-obra barata, agindo sempre de modo a diminuir os custos, podendo assim vender os mesmos produtos que outra empresa, que investiu para melhorar o atendimento e para obter um bom ponto comercial, a um preço bem inferior. (Cf. FORGIONI, Paula. *Os fundamentos do antitruste*, p.347).

⁸² FORGIONI, op. cit., p.345.

dominante por parte do franqueador. Por fim, argumenta que a Lei 8.955/94, que disciplina as franquias não prevê a possibilidade de o franqueador fixar os preços.⁸³

A este respeito, PAULA FORGIONI argumenta que a necessidade de manter a qualidade do produto é o fator que justifica a franquia. No caso de produtos com uma imagem de prestígio, interessa às empresas somente o mercado relevante formado pelas classes de alto poder aquisitivo, pelo que se pretende justificar a fixação dos preços de revenda, normalmente altos. Assim, a análise da legalidade da franquia deve ser realizada caso a caso, a partir da delimitação do mercado relevante, do tipo do produto que é comercializado e da satisfação do consumidor.⁸⁴

A importância da análise caso a caso pode ser verificada no mesmo exemplo outrora mencionado, em que a SEAE concluiu pela existência de acordo horizontal entre as empresas produtoras de vergalhões de aço, quais sejam a Companhia Siderúrgica Belgo-Mineira, a Gerdau S.A. e a Siderúrgica Barra Mansa, também havia a configuração de acordo vertical, mas como um modo de assegurar a eficácia do cartel. As empresas fixaram os preços para revenda, impondo tabelas aos distribuidores, que garantiam a divisão dos clientes entre as empresas, pois impediam os distribuidores de oferecerem preços inferiores e assim comprometerem a dominação do mercado relevante. Por outro lado, se não houvesse tais acordos, uma empresa poderia auferir maior renda do que as demais na venda dos produtos aos seus distribuidores, na medida em que houvesse aumento da demanda em relação a estes. De modo que uma das formas de acordo vertical é a fixação pelos produtores dos preços a serem cobrados pelos distribuidores, o qual serve inclusive para viabilizar a eficiência de acordos horizontais. Em tal caso, não ocorreu o fomento da concorrência entre os produtores.

Além disso, também pode ser objeto de acordos verticais a cláusula de exclusividade, pela qual o fabricante impede que seus distribuidores venham a ter relações comerciais com os seus concorrentes. Tal cláusula é comum nos contratos entre as montadoras de veículos automotores e as suas concessionárias. Por tais contratos, restringe-se somente a comercialização de veículos novos, sendo vedada a restrição para as vendas de veículos semi-novos ou usados, conforme o artigo 3º,

⁸³ SILVA, A. L. M. da. A franquia e as infrações da ordem econômica. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 358, p. 5-10, novembro-dezembro de 2001.

⁸⁴ FORGIONI, op. cit., p. 347, 348.

§ 1º, da Lei 6.729/79. De modo que a lei expressamente admite, neste caso, acordo restritivo da concorrência. Contudo, a restrição, pelos limites legais deve-se restringir tão-somente à distribuidora, não podendo afetar os seus sócios. Estes podem tomar parte de sociedades que comercializem outras marcas, pois uma interpretação a *contrario sensu* poderia importar em uma restrição não admitida em lei, a qual se refere apenas à empresa.⁸⁵

A cláusula de exclusividade também é verificada muitas vezes em contratos entre os *shopping centers* e as lojas neles instaladas, que garantem a impossibilidade de que tais comerciantes venham a firmar contrato com outros *shopping centers*. A este respeito, a Secretaria de Direito Econômico, do Ministério da Justiça, investigou as cláusulas constantes de alguns contratos efetuados entre o *Shopping Iguatemi* e alguns lojistas, tendo verificado que estas cláusulas impediam não somente a *griffe* ou loja instalada no *shopping*, mas também o lojista e os sócios de instalarem lojas em determinados *shoppings*, que vinham tentando firmar contrato com tais lojistas, mas não obtinham sucesso, tendo em vista a colocação de tais cláusulas, que previam penalidades severas aos infratores. Assim, houve grande prejuízo aos outros *shoppings* que não podiam contar com lojas de *griffes* que atraem o público de maior poder aquisitivo, sendo que se concluiu que a cláusula de exclusividade visava a impedir o desenvolvimento de *shopping centers* que poderiam ameaçar o Iguatemi, pois restringia apenas a instalação daquelas lojas que lhe trazem um diferencial em relação aos demais *shoppings*. O Iguatemi passou a decidir quais as lojas que poderiam ou não se instalar em seus concorrentes, por meio da cláusula de exclusividade com algumas lojas de seu interesse. Passou a abusar de sua posição dominante, visto que, conforme apontou o parecer da SDE, o Iguatemi é o *shopping center* mais antigo de São Paulo, sendo também o que mais atrai as classes de alto poder aquisitivo, o que facilitava a negociação da cláusula de exclusividade com os lojistas. Deste modo, a SDE opinou pela exclusão das cláusulas dos contratos firmados.*

⁸⁵ GRAU, FORGIONI, op. cit. p. 267-272.

* Cf. Parecer da SDE nos autos de Procedimento Administrativo nº 08012.009991/98-82, em que é representante a empresa Participações Morro Vermelho Ltda., e representados Condomínio *Shopping Center Iguatemi* Ltda. e *Shopping Centers Reunidos do Brasil* Ltda. (Para mais informações, acessar <http://www.mj.gov.br/sde/dpde/pareceres/pa/iguatemi-alegacoes%20publica.htm>).

Também é comum se verificar nos contratos de franquia, entre outras espécies contratuais, a divisão de mercado, pela qual há limitação da concorrência entre os distribuidores, pois estes passam a atuar somente na fatia de mercado que lhe foi concedida, na qual exercem, sem sombra de dúvidas, posição dominante.

Além dos casos acima citados, também constitui acordo vertical a venda casada, na qual o produtor obriga o distribuidor que deseja adquirir um produto a obter outro produto de sua fabricação, prejudicando as empresas que também produzem a mercadoria vendida concomitantemente.

Neste passo, cabe ressaltar que a atual orientação da matéria na União Européia é pela admissão dos acordos verticais enquanto estes tragam benefícios para a economia, mas devem ser reprimidos se vierem a comprometer a integração dos Estados-membros. Assim, os acordos serão admitidos quando fomentarem a competição entre os distribuidores de um dado produto, auxiliarem na integração dos Estados-membros e protegerem pequenos importadores paralelos contra o poder econômico dos agentes em posição dominante. Todavia, não há regras fixas, sendo que as decisões nesta matéria são orientadas por princípios gerais, facilitando a implementação de uma política em matéria concorrencial. De modo que se conclui que a análise dos acordos verticais só pode ser realizada caso a caso, por meio da verificação das peculiaridades existentes em cada mercado relevante, aplicando-se os princípios e a legislação pertinentes.

4.2. Os Objetos e Efeitos Concretos ou Potenciais da Infração à Ordem Econômica

Conforme acima demonstrado, o direito antitruste brasileiro se filiou ao direito europeu, na medida em que admite a prática de atos que tenham por objeto, produzam ou tenham a possibilidade de produzir efeitos no artigo 20, da Lei 8.884/94, quais sejam a limitação, falseamento ou prejuízo à livre concorrência ou livre iniciativa; o domínio de mercado relevante de bens ou serviços; o aumento arbitrário de lucros; ou o exercício de forma abusiva de posição dominante.

No que diz respeito à repressão dos atos por seus efeitos potenciais, é de se dizer que o legislador adotou um regime próprio para o antitruste, diverso do aplicado no Direito Civil, que define o ato jurídico justamente pela finalidade de gerar

algum efeito. Todavia a lei antitruste censura as condutas nela previstas ainda que estas sejam consideradas pelo Direito Civil como nulas, inválidas, ineficazes ou inexistentes. Assim, os acordos horizontais e verticais entre concorrentes serão considerados como infração à ordem econômica desde que tenham por objeto ou possam vir a causar um dos efeitos que serão considerados neste item.

4.2.1. Limitação, Falseamento ou Prejuízo da Livre Iniciativa ou Livre Concorrência

Os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência foram objeto de capítulos próprios dentro desta monografia. Cumpre salientar porém, que o fato de o legislador ter incluído os dois princípios no inciso I, do artigo 20, da Lei 8.884/94, é de fundamental importância para a sua instrumentalização, pois explicita a disposição constitucional de proteção da livre iniciativa e à livre concorrência. Neste sentido, é essencial a atuação estatal de modo a reprimir as práticas restritivas da concorrência que impliquem em lesão a estes princípios fundamentais.

Assim, PAULA FORGIONI conclui que, da atuação estatal, visando à concretização de ambos os princípios, decorrem duas consequências, quais sejam a disciplina de comportamentos prejudiciais à concorrência e da atuação dos agentes econômicos, com a finalidade de implementar políticas públicas. Os acordos entre empresas não serão autorizados, em princípio, pelo CADE, na medida em que comprometam a livre iniciativa e a livre concorrência.⁸⁶ Deve-se ressaltar, todavia, a possibilidade de o CADE aprovar atos restritivos da livre iniciativa e da livre concorrência nas hipóteses do artigo 54, da Lei Antitruste, o que será considerado no lugar próprio.

Em princípio, porém, devem ser reprimidos os acordos que visarem a limitar, falsear ou prejudicar a livre iniciativa e a livre concorrência. Limitar a livre concorrência significa impedir, total ou parcialmente, o ingresso de novos agentes econômicos em uma certa atividade produtiva, decorrente, por exemplo, de efetuar ou mesmo simplesmente ameaçar vender abaixo do custo. Falsear significa ocultar a prática restritiva da concorrência por detrás de outros atos, como ocorreria no caso de empresas celebrarem contrato de troca de informações acerca de custos

⁸⁶ FORGIONI, op. cit., p. 229, 230.

operacionais para falsear a combinação dos preços. Por fim, o legislador fala em prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa, tendo em vista que podem ocorrer atos que não se enquadram nem como limitação nem como falseamento, mas que também importam em infração à ordem econômica.⁸⁷

4.2.2. Domínio de Mercado Relevante de Bens e Serviços

O domínio de mercado relevante é outro objeto ou efeito potencial das práticas anticoncorrenciais, inclusive dos acordos horizontais ou verticais entre concorrentes. Então cabe definir mercado relevante para se saber os limites em que se exerce a posição dominante para fins da legislação antitruste. Após tal definição, será realizada a análise específica do abuso de posição dominante.

Pode-se conceituar o mercado relevante como sendo “aquele em que se travam as relações de concorrência ou atua o agente econômico cujo comportamento está sendo analisado.”⁸⁸ Isto porque não é possível analisar o exercício do poder econômico tomando por base a dominação global da economia, mesmo que o agente econômico possua um grande poder econômico.

Em primeiro lugar, cumpre ressaltar que a definição do mercado relevante se dá com a concreta definição do mercado geográfico ou de produtos e não tem como referência a importância do mercado⁸⁹. Neste respeito, CALIXTO SALOMÃO FILHO afirma que:

Para determinar qual o mercado em que se encontra um agente econômico fabricando um produto “X”, é necessário verificar (a) que produtos o consumidor (demanda) vê como substitutos de “X” e (b) quais novos produtores podem razoavelmente entrar no mercado de “X” para produzi-lo (...). Para definir quais são os substitutos do lado da oferta e da demanda não é possível analisar o mercado como se encontra naquele exato momento. Para a definição do mercado não basta levar em conta apenas os concorrentes presentes. É necessário projetar os efeitos de um determinado aumento de preços, consequência natural e necessária, como já visto, da formação ou da existência de uma determinada situação monopolística. Deve-se, então, verificar (a partir da análise dos dados existentes a respeito de aumento de preços pretéritos) se é possível concluir que o consumidor substituirá o produto “X” por um concorrente próximo (substituição de demanda) ou se novos produtores entrarão no mercado, passando a fabricar o produto “X”.⁹⁰

⁸⁷ COELHO, op. cit. p. 206, 207..

⁸⁸ FORGIONI, op. cit., p. 200.

⁸⁹ COELHO, op. cit., p. 208.

⁹⁰ SALOMÃO FILHO, op. cit., p. 90, 91.

PAULA FORGIONI entende que, para se definir o mercado relevante, é necessário ter em conta onde o agente econômico concorre e com quem trava as relações de concorrência, ainda que apenas potencialmente. No caso do agente monopolista, o mercado relevante será aquele em que é exercido o monopólio. Com respeito à forma da dominação, a autora salienta que esta poderá ocorrer por parte do fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de determinado produto ou serviço concernente ao mercado relevante.⁹¹

Desta forma, quando se delimita o mercado relevante, deve-se verificar até que ponto o agente econômico influencia as decisões de seus concorrentes, para que se constate a existência ou não de dominação. O artigo 20, § 3º, da Lei 8.884/94, estabelece a presunção de que haverá a dominação quando as empresas que efetuarem o acordo detiverem vinte por cento ou mais do mercado relevante. Dependendo da situação o CADE poderá alterar o percentual. Diante disso, FÁBIO ULHOA COELHO faz duas observações importantes. A primeira é no sentido de que a disposição do § 3º é meramente indicativa do ônus da prova. Isto quer dizer que, acima do parâmetro indicado, caberá aos agentes econômicos provarem que não há o controle do mercado relevante, ao passo que, abaixo deste parâmetro, será do CADE o ônus de comprovar, por outros critérios, a existência da infração. A segunda observação é no sentido de que a lei não fixou o parâmetro para aferir a porcentagem de 20%. Não se sabe se é a partir da soma do capital social ou do capital movimentado pelas empresas envolvidas, do capital investido ou ainda outro critério. A definição cabe ao CADE e ao Judiciário, sendo possível a discussão pelos interessados.⁹²

Assim, a aferição do mercado relevante pode se dar em dois níveis: geográfico e material (ou dos produtos).

4.2.2.1. Mercado relevante material (ou de produtos)

A existência do domínio mercado relevante pode ser aferida pela percepção acerca da fungibilidade dos produtos que sofreram aumento de preços, segundo a

⁹¹ FORGIONI, op. cit., p. 200, 201.

⁹² COELHO, F. U. **Direito Antitruste Brasileiro – Comentário à Lei 8.884/94**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 59, 60.

opinião de CALIXTO SALOMÃO FILHO. Para a análise da fungibilidade, o autor indica a necessidade de se avaliar aumentos de preços anteriores tanto do produto analisado como daqueles que poderiam ser os seus substitutos. Se for verificado que o aumento do preço de um produto induz o aumento de preço de outro e que o consumo de aumentava simultaneamente ao consumo do outro, é possível afirmar que um é substituto do outro.⁹³

Assim sendo a delimitação do mercado relevante material pode ser realizada a partir do ponto de vista da necessidade do consumidor. Caso a aferição seja positiva, e seja verificada a fungibilidade do produto para o consumidor, é possível afirmar que ambos os produtos pertencem ao mesmo mercado relevante. É necessário que haja uma relação de competitividade entre os produtos analisados.⁹⁴

A aferição da substitutividade do produto também pode ocorrer do lado da demanda. Neste último ponto de vista, deve-se averiguar as características e as utilidades do produto ou serviço, seus preços, preferências dos consumidores e a possibilidade de serem intercambiáveis. De modo que, mesmo aqueles produtos com características similares poderão pertencer a mercados diferentes, tendo em vista outros fatores concernentes a quais consumidores são atraídos pelo produto e como o utilizam. LEILA CUÉLLAR cita como exemplo decisão do CADE que considerou que o leite tipo “C”, acessível a pessoas de baixa renda, pertence a mercado diferente do leite longa vida, que é acessível às classes média e alta. Assim, o CADE decidiu pela existência de submercados dentro do mercado de leite. Por outro lado, o mercado relevante poderá ser mensurado do ponto de vista da oferta, quando é valorada a facilidade de o agente econômico deixar de produzir um bem e passar a produzir outro similar, como ocorre, segundo atesta a jurisprudência americana, no caso do fabricante de sapatos femininos, que possui facilidade para passar a produzir sapatos masculinos ou infantis.⁹⁵

⁹³ SALOMÃO FILHO, op. cit., p.90-96.

⁹⁴ FORGIONI, op. cit., p. 207-211.

⁹⁵ CUELLAR, L. **Abuso de posição dominante no direito de concorrência brasileiro**. Curitiba, 1997, 92 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, pp. 64-69.

4.2.2.2. Mercado relevante geográfico

O conceito de mercado relevante geográfico é bem definido por PAULA FORGIONI, ao afirmar que:

O mercado relevante geográfico é a área onde se trava a concorrência relacionada à prática que está sendo considerada como restritiva (...). Pode então ser compreendido como a área no qual o agente econômico é capaz de aumentar os preços que pratica sem causar um dos seguintes efeitos (i) perder um grande número de clientes, que passariam a utilizar-se de um fornecedor alternativo situado fora da mesma área ou (ii) provocar imediatamente a inundação da área por bens de outros fornecedores que, situados fora da mesma área, produzem bens similares.⁹⁶

O órgão italiano de defesa da concorrência define o mercado relevante geográfico como a área em que os agentes econômicos fornecem produtos ou serviços em condições concorrenciais homogêneas.⁹⁷

De modo que, para a configuração do mercado relevante geográfico, importa considerar alguns aspectos fundamentais, que devem ser analisados caso a caso, conforme o pensamento de PAULA FORGIONI. Em primeiro lugar, deverão ser averiguados os hábitos dos consumidores, isto é, se eles estão dispostos a percorrer longas distâncias para encontrar produtos ou serviços semelhantes. Neste respeito, importa verificar o quanto o consumidor ganharia em percorrer a distância envolvida, tendo em vista os efeitos da prática lesiva, como o aumento de preços sem causa justificável. De outra parte, deverão ser verificados os custos para o transporte de mercadorias vindas de outros locais. Muitas vezes, tal custo impossibilitaria o acesso a estes produtos, restringindo portanto o âmbito geográfico do mercado relevante. Outro ponto importante é concernente às características do produto, incluindo sua durabilidade e facilidade de transporte. O CADE, por exemplo, já decidiu que o leite pasteurizado fresco tem um mercado mais restrito geograficamente do que o leite longa vida. Também deve se relevar que o próprio Estado poderá adotar medidas que delimitem o mercado relevante. Isto pode ocorrer mediante incentivos governamentais às vezes impedem a concorrência entre agentes econômicos, por exemplo, entre agentes de estados diferentes; ou ainda pela imposição de barreiras a entrada de agentes econômicos, especialmente

⁹⁶ FORGIONI, op. cit., p. 201, 202.

⁹⁷ CUÉLLAR, op. cit., p. 70.

estrangeiros, em certos setores da economia. Assim, deve-se analisar a viabilidade da entrada de produtos e concorrentes estrangeiros.⁹⁸

Outra possibilidade seria a adequação do critério acima apresentado para a identificação do mercado de produtos ao mercado geográfico, como propõe CALIXTO SALOMÃO FILHO, embora o próprio autor reconheça que tal opção guarda grandes dificuldades práticas.⁹⁹ Isto ocorre tendo em vista que não é fácil a definição da substituição nos planos da demanda e da oferta. Mesmo porque, na prática, teria de se identificar se foi o consumidor que se deslocou (substituição da demanda) ou se foi o produtor que passou a atuar na região em estudo (substituição da oferta), pois normalmente o agente econômico não irá instalar uma unidade de produção e sim uma simples rede de distribuição.

Para resolver a dificuldade prática de definir se houve substituição da demanda ou da oferta, podem ser utilizados os critérios definidos por PAULA FORGIONI, acima citados, pelos quais é mais fácil determinar se houve deslocamento de consumidores ou de produtores, possibilitando assim a definição do mercado relevante geográfico, que será maior ou menor de acordo com a possibilidade de os agentes econômicos envolvidos no acordo oferecerem seus produtos em outras regiões, ou de os consumidores se deslocarem para os mesmos produtos a custo mais baixo. O mercado relevante poderá abranger desde uma pequena localidade até a economia mundial como um todo.

4.2.3. Abuso de Posição Dominante

Uma vez delimitado o mercado em que será realizada a análise acerca da dominação em tese promovida pelo acordo entre concorrentes, cabe analisar especificamente o modo pelo qual ficará caracterizado o abuso, pois, como já demonstrado acima, não basta a simples caracterização da posição dominante para a definição da infração à ordem econômica, uma vez que o direito admite a existência do poder econômico, restando vedado, porém, o abuso de tal poder, enquanto prática restritiva da livre concorrência e da livre iniciativa.¹⁰⁰ Portanto, cabe

⁹⁸ FORGIONI, op. cit., p. 201-207.

⁹⁹ SALOMÃO FILHO, op. cit., p. 90, 104, 105.

¹⁰⁰ FORGIONI, op. cit., p. 232-235.

analisar o modo como se caracteriza o abuso de posição dominante, tendo em vista que os acordos restritivos da concorrência entre agentes econômicos podem ter o condão de gerar situações abusivas, por meio de acordos ou práticas concertadas.

De fato, o artigo 20, § 2º, da Lei 8.884/94, estipula que tanto a empresa isoladamente como o grupo de empresas podem exercer posição dominante. O grupo de empresas pode ser tanto decorrente de um ato de concentração de empresas como de acordos, decorrentes de interesses contratuais, mesmo que não seja formalizado.¹⁰¹

Com respeito à determinação da posição dominante, devem ser observados alguns elementos que possibilitam a análise da atuação dos agentes econômicos no mercado. Deve-se observar a participação das empresas no mercado relevante, sendo, porém, de pouco proveito a análise do número de empresas presentes, fator que somente possui relevância no caso de monopólio. Mesmo a aferição da participação no mercado, por si só, não traz dados sólidos para a configuração da posição dominante, sendo apenas um indício para a autoridade antitruste. Também se deve observar o tamanho das empresas envolvidas no acordo, de modo a verificar se há maior facilidade no acesso a sistemas de distribuição e outros aspectos operacionais, bem como a relação entre custo e preço das mercadorias, demonstrando a aferição de lucros em medida superior ao restante do mercado, de modo a dificultar a atuação dos agentes econômicos já situados e a entrada de outros. Outro ponto a se verificar é a relação com fornecedores e canais de distribuição, que traga facilidade às empresas envolvidas em nível superior às demais concorrentes. Outrossim, a relação dos consumidores com o produto, no que concerne ao modo de sua utilização e preferências, deve ser analisada. Outro elemento importante, sendo talvez o principal, é a possibilidade de empresas fixarem os preços que entenderem apropriados. Além das circunstâncias acima apontadas, também deverão ser examinadas as situações conjunturais do mercado, que facilitem o exercício da posição dominante.¹⁰²

Diante dos elementos acima apontados, pode-se afirmar que a posição dominante decorre do fato de se possuir poder econômico, cujos contornos são definidos por LEILA CUÉLLAR nos seguintes termos:

¹⁰¹ FORGIONI, op. cit., p. 281.

¹⁰² CUÉLLAR, op. cit., p. 29, 30

A possibilidade que tem uma entidade de tomar certa decisão econômica independente, face a determinadas circunstâncias como a fixação de preços, ou a escolha do volume de trabalho, e de se impor sobre seus concorrentes (...). Caracteriza-se o poder econômico pelo comando de recursos conferidos a um indivíduo ou a um grupo. Tais recursos compreendem tanto os bens e serviços usados em consumo quanto os fatores utilizados na produção. O poder econômico equivale, assim, à detenção, em alta escala, dos meios de produção, concentrados em um grupo de pessoas ou em um grupo de empresas, ou mesmo nas mãos de uma só pessoa.¹⁰³

Em decorrência disso, os agentes econômicos que desfrutam de posição dominante podem inclusive cometer graves erros sem que haja outros concorrentes em condições de tirar proveito disso.¹⁰⁴

Em síntese, “são os meios de ação de que dispõe o agente econômico e a faculdade que lhe assiste de exercitar uma influência considerável sobre o mercado que caracterizam a posição dominante.”¹⁰⁵ Se conquistada de modo natural, conforme o artigo 20, § 1º, da Lei 8.884/94, através de vantagens tecnológicas, por exemplo, não há conduta passível de ser punida, somente pela existência de empresa em posição dominante.

O que a lei quer evitar é o abuso da posição dominante. Todavia, a definição do abuso passível de ser punido não é tarefa fácil. No pensamento de parte da doutrina, decorrente de uma visão privatista, seria reprimível a conduta perpetrada com abuso de direito. Isto porque todo o agente econômico possui o direito de liberdade econômica, mas não poderia abusar de tal direito, pois isto importaria em desrespeito aos demais concorrentes. Nesta linha, LEILA CUÉLLAR afirma que:

Embora a detenção de posição dominante seja admitida, o legislador brasileiro atribuiu mais relevância à manutenção da liberdade de concorrência, princípio que deve orientar a ordem econômica. Se a empresa dominante utilizar sua posição no mercado de forma excessiva, ofendendo princípios jurídicos que a lei entende superiores ao direito de deter poder de domínio, como por exemplo a concorrência livre, verifica-se o abuso.¹⁰⁶

Mas tal doutrina possui vulnerabilidades, na opinião de PAULA FORGIONI, pois o poder econômico é um fato, não um direito assegurado pelo ordenamento jurídico. Além disso, a teoria do abuso de direito afirma que um sujeito não pode interferir indevidamente na esfera jurídica de outro. Porém, o que o antitruste vem

¹⁰³ CUÉLLAR. op. cit., p. 29, 30.

¹⁰⁴ FORGIONI, op. cit., p. 270.

¹⁰⁵ Ibid., p. 270.

¹⁰⁶ CUÉLLAR, op. cit., p. 82.

buscar é a tutela das estruturas do mercado, e não apenas a proteção do concorrente prejudicado, o que é objeto do capítulo do direito empresarial destinado à repressão da concorrência desleal e somente é atingido pela disciplina antitruste por via reflexa. A solução seria a superação da visão do abuso de direito no prisma tradicional e passar a considerá-lo como um princípio de todo o ordenamento jurídico, não apenas concernente aos direitos individualizados. Deste modo, o que o direito iria reprimir seria o abuso da liberdade econômica que afetasse todo o mercado. Entretanto, como reconhece a própria autora, tal solução não resolve o problema de diferenciar o uso do abuso da posição dominante.¹⁰⁷

Deste modo, para a definição das condutas reprimíveis em decorrência de abuso de posição dominante, deve-se ter em conta os seus efeitos, ainda que potenciais, sobre o mercado. Se tais efeitos forem injustos, importando em prejuízo para a livre concorrência, estará caracterizado o abuso de posição dominante. Uma maneira de configurar o nexo entre a infração e a posição da empresa é a comparação com a atuação que teria o agente econômico no caso de não haver posição dominante. Já a configuração do nexo entre a conduta e o efeito, que pode ser meramente potencial, pode ser obtido a partir das consequências que ocorreriam em situações semelhantes.

Se o agente econômico está em posição dominante, poderá dela abusar, produzindo os demais efeitos previstos no artigo 20, da Lei 8.884/94, isto é, falsear, limitar ou prejudicar a livre iniciativa e a livre concorrência; dominar mercado relevante; ou aumentar arbitrariamente os lucros. Estes efeitos correspondem, em outros termos àqueles previstos como passíveis de repressão pelo texto constitucional, no artigo 173, § 4º. Pode-se concluir com FÁBIO ULHOA COELHO que o abuso de posição dominante não é tratado como um efeito independente dos demais, como disposto na atual legislação antitruste, devendo ser interpretado como uma síntese do que está disposto nos demais incisos do artigo em comento, ainda que isso importe em redundância.¹⁰⁸

De qualquer modo, o fato de um agente abusar de sua posição dominante no mercado cria uma espécie de barreira artificial à entrada de outros agentes, bem como à evolução de seus concorrentes, que não chegam a ameaçá-lo, em razão de

¹⁰⁷ FORGIONI, op. cit., p. 275-280.

¹⁰⁸ COELHO, op. cit., p. 211, 212.

adotar condutas abusivas com independência e indiferença. Isto significa dizer que em tal mercado não há potencial para desenvolvimento da livre concorrência.

4.2.4. Aumento Arbitrário de Lucros

Ocorre o aumento arbitrário de lucros quando os agentes econômicos, na avidez de obter lucro, acabam por decidir pelo aumento de preços, ainda que isto não corresponda a um aumento dos custos de produção ou queda nas vendas, aproveitando-se de distorções existentes no mercado. Mas o efeito do aumento arbitrário dos lucros não decorre apenas do aumento dos preços. A ocorrência deste efeito pressupõe que os resultados das empresas não possuem relação com o andamento regular da economia e decorrem da imposição das decisões das empresas que possuam posição dominante no mercado relevante em que atua.¹⁰⁹

Portanto, é de se concluir que tal dispositivo legal visa à tutela do consumidor, de modo a evitar que a busca incessante do lucro dos agentes em posição dominante venha a causar excessos nos preços finais e prejudicar o consumidor. Vale lembrar que tal disposição só é admissível no direito antitruste brasileiro porque não se considera a proteção da concorrência como um fim em si mesma, e sim como um instrumento para a defesa de outros interesses, inclusive do consumidor.¹¹⁰

FÁBIO ULHOA COELHO admite também que o aumento de lucros pode trazer benefícios para a concorrência, na medida em que fomenta o mercado, aumentando a competitividade entre os agentes econômicos. De fato, a busca do lucro é o elemento propulsor da atividade empresarial e a concorrência entre os empresários é fortalecida pela busca de tal objetivo. Há o fortalecimento das estruturas de livre mercado e livre concorrência. Todavia, o autor salienta que o fato de o aumento arbitrário de lucros importar infração à ordem econômica decorre logicamente da noção de que o lucro deve decorrer da livre competição, se justificando do ponto de vista tecnológico, administrativo, econômico ou financeiro. Pela lei vigente, também se protege a livre concorrência por meio da proibição ao aumento arbitrário dos lucros, na medida em que este caracteriza a infração à ordem

¹⁰⁹ CUÉLLAR, op. cit., p. 54.

¹¹⁰ COELHO, op. cit., p. 235-239.

econômica mesmo que derive de outra causa que não o aumento de preços e a lesão aos interesses consumeristas. Pode decorrer, outrossim, de aspectos financeiros, como a redução dos custos de produção que tenham por efeito lucros arbitrários e importem em infração à ordem econômica.¹¹¹

Por fim, cabe registrar a opinião de CALIXTO SALOMÃO FILHO, acerca da disposição do artigo 20, inciso III, da Lei 8.884/94:

O aumento arbitrário dos lucros só se caracteriza em presença de poder no mercado, pela simples razão de que a arbitrariedade só se configura quando o aumento de lucros decorre do aproveitamento de posição dominante no mercado (seja ele monopolista ou oligopolista) (...). Com efeito, sua utilidade prática é mínima. Isso porque as hipóteses de dominação dos mercados e abuso de posição dominante, previstas nos demais incisos do art. 21, já permitem a sanção das hipóteses de aumento arbitrário dos lucros (dos agentes econômicos dotados de poder no mercado).¹¹²

¹¹¹ COELHO, op. cit., pp. 60, 61.

¹¹² SALOMÃO FILHO, op. cit., p. 87, 88.

5. A PREVENÇÃO E A REPRESSÃO AOS ACORDOS PERPETRADOS COM INFRAÇÃO À ORDEM ECONÔMICA EM NÍVEL ADMINISTRATIVO NO DIREITO BRASILEIRO

Antes de se proceder à exposição acerca dos instrumentos utilizados para a prevenção e repressão das infrações à ordem econômica, deve-se lembrar a importância do antitruste como meio do Estado realizar políticas públicas. Assim, em tal matéria, o CADE pode agir de modo a aplicar a legislação antitruste, ainda que seja por meio de autorizações, ou não aplicá-la, reduzindo ou mesmo eliminando o controle de acordos restritivos da concorrência.¹¹³

Na linha do que foi exposto no capítulo 3, desta monografia, o objetivo do antitruste, no direito brasileiro não é a proteção da concorrência como uma finalidade em si mesma, mas sim a concretização dos valores consagrados constitucionalmente.

A aplicação das punições e a avaliação das condutas se darão em nível administrativo pelo CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) e pela SDE (Secretaria de Direito Econômico) que, conforme será explicado adiante, possuem a finalidade de controlar o poder econômico, visando tanto prevenir como reprimir as infrações à ordem econômica.¹¹⁴

5.1. O CADE, a SDE e a SEAE

Dentro do sistema de repressão à infração à ordem econômica adotado no direito brasileiro, convivem órgãos administrativos encarregados da disciplina do mercado, o CADE, a SDE e a SEAE. As suas atribuições estão definidas, respectivamente, nos artigos 7º e seguintes, da Lei 8.884/94, no artigo 13, da mesma lei.

O CADE, conforme o artigo 3º, da Lei 8.884/94, é definido como “órgão judicante com jurisdição em todo o território nacional”. Naturalmente, como enfatiza FÁBIO ULHOA COELHO a jurisdição deste órgão é de natureza administrativa, não judicial. Mesmo porque é qualificado juridicamente como autarquia, que se vincula

¹¹³ FORGIONI, op. cit., p. 172.

¹¹⁴ GONÇALVES NETO, op. cit., p. 234.

ao Ministério da Justiça e, portanto, ao Poder Executivo. Seus atos possuem natureza de atos administrativos e são passíveis de revisão judicial, conforme o artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal.¹¹⁵

O artigo 4º, da Lei 8.884/94, define a composição do CADE, que possui um presidente e seis conselheiros, os quais são escolhidos entre cidadãos maiores de 30 anos com notável saber jurídico ou econômico e de reputação ilibada. A sua nomeação é realizada pelo Presidente da República, tendo de ser aprovados pelo Senado Federal antes de exercer seu mandato que será de dois anos, com a possibilidade de uma recondução.

A competência do CADE abrange a garantia do respeito às normas concorrenciais, mediante a instauração de procedimentos administrativos destinados a apurar eventuais infrações à ordem econômica, com a cominação das penalidades correspondentes. Além desta competência, o CADE também deverá analisar preventivamente os atos que possam causar algum prejuízo à livre concorrência¹¹⁶.

No que diz respeito à natureza da competência do CADE, FÁBIO ULHOA COELHO a qualifica como vinculada na qualificação da conduta como infração à ordem econômica, mas discricionária na aplicação da sanção. Isto quer dizer que, se determinada conduta for enquadrada entre as colacionadas pelo legislador como infração à ordem econômica, assim ela deverá ser considerada, mas o CADE poderá aplicar ou não a sanção, ou ainda atenuá-la, conforme a própria Lei Antitruste prevê no artigo 27. Ainda neste sentido, o autor observa que a atuação do CADE deve guardar relação com a política econômica adotada pelo Poder Executivo, no sentido de que “não há bom senso, nem assim pode querer a lei, na defesa da competição como um valor abstrato, em detrimento da efetiva melhoria de níveis de emprego, desenvolvimento tecnológico, melhor atendimento aos consumidores etc”.¹¹⁷

A SDE (Secretaria de Direito Econômico), por sua vez, é um órgão pertencente ao Ministério da Justiça, e deve fiscalizar os agentes econômicos que detenham posição dominante em mercado relevante de bens e serviços, devendo adotar medidas preventivas, celebrar acordos para a cessação de infrações,

¹¹⁵ COELHO, op. cit., p. 196.

¹¹⁶ GONÇALVES NETO, op. cit., p. 234.

¹¹⁷ COELHO, op. cit., p. 199.

instaurar e instruir processos relacionados à repressão de infrações à ordem econômica, enviando-os para a apreciação do CADE.¹¹⁸

Sua titularidade deve ser exercida por brasileiro nato, de notório saber jurídico ou econômico e de ilibada reputação, indicado pelo Ministro da Justiça e nomeado pelo Presidente da República. O secretário, por exercer cargo de confiança do Presidente da República, pode ser exonerado a qualquer momento.

A SDE tem as competências relacionadas à sua atuação antitruste definidas pelo artigo 14, da Lei 8.884/94, abrangendo a atuação como instância administrativa auxiliar do CADE, a fiscalização das práticas de mercado, orientação em matéria de infração à ordem econômica e adoção de medidas contra os ilícitos caracterizados pela Lei Antitruste.

Assim a SDE irá funcionar como a instância preparatória do julgamento pelo CADE, sendo de sua competência a instrução do processo administrativo. Para tanto, tem amplos poderes para solicitar informações, devendo ser atendido no prazo de quinze dias, podendo inclusive promover a aplicação de multas para os agentes econômicos privados. Cabe salientar, porém, que o CADE não tem condições de exigir condutas da SDE, pois não há hierarquia entre a autarquia e o órgão do Poder Executivo, devendo requisitar ao Ministro da Justiça que tome as providências eventualmente necessárias, no caso de a SDE não colaborar em algum aspecto.

No que se refere à sua competência de fiscalizar o mercado, a SDE deverá reunir indícios para a instauração de averiguações preliminares, onde poderá efetivamente colher os dados que necessita para decidir acerca da instauração ou não do procedimento administrativo para a apreciação do CADE.

Quanto à orientação do mercado, a SDE irá atuar junto à Administração Pública, por exemplo, informando quanto à proibição de certas empresas participarem de licitações; e junto à população, promovendo campanhas de esclarecimento acerca da tutela do mercado.

Por fim, a SDE poderá promover medidas para a cessação de práticas contra a ordem econômica, mediante compromissos. Também poderá propor ao

¹¹⁸ GONÇALVES NETO, op. cit., p. 234.

CADE a elaboração de compromisso de desempenho, para os casos de autorização de práticas anticoncorrenciais.¹¹⁹

Por fim, com relação a SEAE (Secretaria de Acompanhamento Econômico), órgão pertencente ao Ministério da Fazenda, cumpre ressaltar que esta possui inúmeras incumbências, sendo que interessam, para a presente monografia, as incumbências referentes ao combate à infração à ordem econômica. Neste respeito, sua função é auxiliar a SDE na instrução do procedimento administrativo, não possuindo vinculação hierárquica em relação a esta ou em relação ao CADE. Deve emitir pareceres com relação às questões técnicas envolvidas no procedimento administrativo, quando os autos lhe forem remetidos pela SDE, fornecendo recomendações ao CADE para a solução dos casos. Com relação à possibilidade de solicitar a documentação que entender necessária, aplica-se o que foi dito acerca da SDE.

5.2. O Procedimento Administrativo para a Apuração da Infração à Ordem Econômica

A repressão e a prevenção das infrações à ordem econômica é realizada mediante procedimento administrativo, pelo qual se estabelece a existência da infração à ordem econômica e se decide acerca da autorização, punição ou legalidade da conduta.

No caso de a SDE deliberar pela insuficiência de provas para a imediata instauração do procedimento administrativa, ocorre a fase de averiguações preliminares, que tem por finalidade apurar os indícios suficientes para a realização do procedimento, o que não implica na instrução probatória, que deverá se realizar mais adiante. A competência para decidir acerca da necessidade das averiguações preliminares é discricionária do Secretário titular da SDE, exceto no caso em que o pedido para a abertura de procedimento é oriundo de Comissão do Congresso Nacional. Deve-se frisar, porém, que não há discricionariedade quanto à tomada de providências diante de fatos que possam importar em infração à ordem econômica e

¹¹⁹ COELHO, op. cit., p. 37-40.

sim quanto à medida adequada a ser tomada¹²⁰. Segundo o artigo 31, da Lei 8.884/94, o prazo para a conclusão das averiguações é de sessenta dias.

Das averiguações preliminares podem ser extraídas duas conclusões: a instauração do procedimento administrativo ou o arquivamento. Neste caso, a SDE deve recorrer de ofício ao CADE, que irá decidir se o arquivamento foi adequado.

Decidindo-se pela instauração do procedimento, mediante despacho do Secretário da SDE, o agente econômico indiciado, denominado pela lei como representado, será notificado pelo correio para apresentar defesa no prazo de 15 dias. Caso não haja sucesso na notificação pelos correios, seja pelo não recebimento da carta, seja pela assinatura do aviso de recebimento por pessoa não qualificada para receber a notificação, deverá a SDE proceder à notificação por edital, que será publicado no Diário Oficial da União, devendo conter o despacho de instauração, contendo o nome do representado e de seu advogado.

Caso o representado não apresente defesa no prazo legal, a consequência é a preclusão com relação exclusivamente à matéria de fato. Assim, a possibilidade de comparecer aos autos irá se restringir à matéria de direito. Dos atos do procedimento, deverá o representado ser intimado pela Imprensa Oficial.

Após o decurso do prazo para defesa, inicia-se a fase de instrução. Primeiramente é realizada a instrução probatória considerada pertinente pela SDE, que poderá utilizar todos os meios de prova admitidos em direito. Deve-se esclarecer que a coleta de provas pressupõe a existência do contraditório e da ampla defesa, devendo ser conferida a oportunidade de o representado acompanhar e se manifestar durante a oitiva de testemunhas, formular quesitos e apresentar assistente técnico se houver perícia, enfim, ser intimado de todos os atos da instrução probatória. Conforme já mencionado acima, a SDE possui amplos poderes para a obtenção de documentos necessários. O prazo para a conclusão desta fase é de 45 dias, sendo possível sua prorrogação, por igual período, no caso de necessidade justificada.

Durante o prazo regular (quarenta e cinco dias), poderá o representado produzir provas de seu interesse, sendo que no máximo três testemunhas serão

¹²⁰ COELHO, op. cit., p.99, 100.

ouvidas, a não ser que haja real necessidade de se ouvir mais testemunhas, sob pena de se violar o direito à ampla defesa.

Após a conclusão da instrução pela SDE, os autos serão encaminhados à Secretaria de Acompanhamento Econômico, órgão do Ministério da Fazenda, para a elaboração de parecer referente às matérias de sua especialização, notavelmente, dados econômicos relativos à conduta avaliada. Após o retorno dos autos à SDE, deverá haver notificação pelos correios para a apresentação de alegações finais pelo representado no prazo de cinco dias.

Com respeito à recorribilidade das decisões do Secretário da SDE, FÁBIO UHOA COELHO considera que o fato de a Lei 8.884/94 ter previsto a competência do CADE para decidir os recursos de ofício da SDE, também haveria a possibilidade de recursos administrativos voluntários, tendo em vista que a Lei autorizou o CADE a rever atos da SDE em matéria antitruste. Entretanto, se o ato a ser recorrido resultar do descumprimento de dever funcional, a competência será do Ministro da Justiça, por razão de hierarquia.¹²¹

Antes do julgamento pelo CADE, os autos serão encaminhados para a Procuradoria da autarquia, que irá elaborar parecer, considerando as questões preliminares e prejudiciais de mérito, além do próprio mérito, analisando as questões alegadas pela defesa. Não está adstrito, porém, somente à matéria suscitada nos autos. A sua manifestação deve trazer os parâmetros técnicos necessários à decisão do CADE, especialmente no que diz respeito às nulidades e sua convalidação.

Após a manifestação da Procuradoria do CADE, os autos são remetidos ao Conselheiro-Relator, escolhido por meio de sorteio. Se julgar necessário, o Relator poderá determinar a produção de novas provas, o que será realizado pelo próprio CADE, respeitados a ampla defesa e o contraditório.

Após a eventual complementação da instrução probatória, é designado o dia para a sessão de julgamento. A intimação das partes deverá ocorrer pelo menos cinco dias antes da data designada. Durante o julgamento, o representado ou seu advogado, bem como o Procurador-Geral do CADE terão direito de sustentar

¹²¹ COELHO, op. cit., p.109, 110.

oralmente suas razões durante quinze minutos, conforme o artigo 45, da Lei 8.884/94.

A decisão do CADE deverá ser devidamente fundamentada e, caso aplique a sanção, irá especificar os fatos que definem a infração e a indicação das providências para saná-la, com a definição do prazo para o início e término de tais providências, estipulando multa diária em caso de continuidade da infração. Como já destacado acima, o CADE possui discricionariedade para aplicar a sanção.

O CADE possui a prerrogativa de fiscalizar a efetividade de suas decisões, podendo tomar as medidas judiciais cabíveis em caso de descumprimento pelo representado, através do Procurador-Geral, não excluindo porém a competência da SDE. Todavia, caso constate irregularidades, a SDE deverá encaminhar as informações ao CADE, que decidirá sobre a existência de irregularidade e as medidas a serem tomadas.

Com relação ao quorum para o julgamento, o artigo 49, da Lei 8.884/94, estipula que devem estar presentes pelo menos cinco dos sete conselheiros, que tomarão as decisões mediante maioria absoluta. Todavia, é claro que a decisão será por maioria relativa no caso de quorum de menos de sete conselheiros, em que pese a letra da lei.

As decisões do CADE, uma vez tomadas como definitivas, não podem ser revistas pelo Poder Executivo, uma vez que o CADE é autarquia e, portanto não possui vinculação hierárquica com a Administração Pública direta.

5.3. A Avaliação Prévia dos Acordos Restritivos da Concorrência

A Lei Antitruste brasileira institui o regime da autorização para atos restritivos da concorrência. Em tal sistema o ato é praticado e passa a gerar efeitos, mas sob uma condição resolutiva, pois sua eficácia é condicionada a um evento futuro e incerto¹²². A definição das práticas que deverão ser objeto de avaliação pelo CADE, é realizada pelo artigo 54, *caput*, da Lei 8.884/94, prevê que os atos que possam prejudicar a livre concorrência ou importar na dominação de mercado relevante devem ser submetidos à aprovação do CADE. Afastam-se portanto, de tal

¹²² FORGIONI, op. cit., p. 198.

possibilidade, os atos que impliquem abuso de posição dominante ou aumento arbitrário dos lucros. Tais atos serão sempre considerados como infração à ordem econômica, devendo ser reprimidos. Assim, os atos submetidos à aprovação pelo CADE poderão ser autorizados, muito embora importem em restrição da livre concorrência, segundo os requisitos definidos na Lei Antitruste, em seu artigo 54, §§ 1º e 2º.¹²³

Para obterem aprovação, os atos avaliados deverão atender quatro condições. A primeira diz respeito ao objetivo da prática, que poderá compreender, de forma cumulada ou alternativa, o aumento de produtividade, a melhoria da qualidade de bens ou serviços ou maior eficiência desenvolvimento tecnológico ou econômico. A segunda condição é a distribuição eqüitativa dos benefícios decorrentes entre os participantes do ato e os consumidores ou usuários finais. Em terceiro lugar, o ato analisado não poderá implicar eliminação da concorrência de uma parte substancial de mercado relevante de bens e serviços. Por fim, o ato deverá observar os limites necessários para a obtenção do fim almejado.

O artigo 54, § 2º, por sua vez, prevê que os atos poderão ser aprovados se atenderem três das quatro condições acima mencionadas desde que sejam necessários por razões fundamentais da economia nacional e do bem comum, e que não tragam prejuízos ao consumidor ou usuário final.

Neste ponto, cabe frisar que não são apenas os atos que importam em concentração de empresas que devem se submeter à autorização do CADE. ALFREDO DE ASSIS GONÇALVES NETO observa que “é bom considerar que estão em moda contratos empresariais de parceria – os quais, se não formam grupos societários nem caracterizam operações de concentração interna de empresas, emolduram-se muitas vezes, nesta regra legal (‘atos sob qualquer forma manifestados...’, na redação do artigo 54)”.¹²⁴ FÁBIO ULHOA COELHO também é claro ao assinalar que “os atos unilaterais, bilaterais ou plurilaterais, societários ou contratuais, que possam implicar lesão às estruturas do livre mercado, dependem da aprovação do CADE”.¹²⁵

¹²³ FORGIONI, op. cit., p. 194 e 195.

¹²⁴ GONÇALVES NETO, op. cit., p. 244.

¹²⁵ COELHO, op. cit., p.125.

A submissão do ato lesivo à concorrência ao crivo do CADE deve ocorrer previamente à sua realização ou até 15 dias depois, pelas partes envolvidas no acordo, por meio da entrega da documentação em três vias à SDE, que remeterá uma via ao CADE e outra à SEAE. Todavia, há uma certa dificuldade em se verificar quais os atos que devem ser submetidos à aprovação do CADE, a qual será necessária para que o ato em questão gere efeitos jurídicos. Isto ocorre porque somente as operações societárias estão previstas expressamente no artigo 54, § 3º, da Lei 8.884/94. Assim é necessário que se efetue a análise concreta, caso a caso, dos efeitos potenciais ou efetivos dos atos para enquadrá-lo ou não como restritivo da concorrência. De qualquer modo, podem surgir situações em que o CADE e as partes irão discordar acerca da necessidade de o ato ser avaliado. Podem surgir duas situações. Se o CADE considerar que o ato deve ser avaliado e as partes não concordarem, a questão deverá ser resolvida pela Justiça, que irá avaliar os efeitos potenciais do ato. Caso o Judiciário decida favoravelmente ao CADE, as partes terão o prazo de 15 dias para submeter o caso ao CADE. Por outro lado, caso as partes submetam o ato à aprovação do CADE, que o analisa como inofensivo à concorrência, este não possui competência para aprová-lo ou rejeitá-lo. Caso o CADE considere que o ato está sujeito à sua análise, irá verificar a sua admissibilidade à luz do artigo 54, §§ 1º e 2º.¹²⁶

Para a formação de seu convencimento o CADE utiliza-se dos pareceres técnicos da SEAE e SDE, que são emitidos nesta ordem. Cada um dos órgãos possui prazo de trinta dias para sua manifestação. A aprovação do CADE poderá ser expressa ou decorrer do decurso do prazo para a prolação da decisão sem manifestação. A decisão deverá ser proferida antes de noventa dias do protocolo do pedido na SDE, ou antes de trinta dias a contar do recebimento do processo administrativo pelo CADE, após os trâmites na SDE e SEAE, ainda que não haja manifestações. O prazo que vencer primeiro irá resultar a aprovação do ato.¹²⁷

Com vistas à análise especificamente dos acordos horizontais, para a sua admissão pelas autoridades antitruste, podem ser adotadas as seguintes etapas propostas por LUÍS FERNANDO SCHUARTZ: "(a) a identificação dos potenciais efeitos anticompetitivos associados à conduta investigada (perdas de bem-estar); (b)

¹²⁶ COELHO, op. cit., p.125, 126.

¹²⁷ Ibid., p.127, 128.

identificação dos potenciais ganhos de eficiência ligados à mesma conduta (ganhos de bem-estar); e (c) comparação entre efeitos anticompetitivos e ganhos de eficiência potenciais (o efeito líquido sobre o bem-estar social).”¹²⁸

Assim, serão verificados os efeitos potenciais dos atos analisados, quanto a se estes poderão vir a gerar redução da quantidade ou qualidade dos bens ofertados ou ainda o aumento dos preços, e se eventuais danos causados à livre concorrência serão por outras vias compensados, como ocorreria mediante a implementação das exportações oriundas do mercado relevante em análise.

Como consequência da aprovação do ato pelo CADE, deverá ser firmado um compromisso de desempenho com as empresas que efetivaram o acordo, para que uma verificação posterior acerca dos benefícios econômicos resultantes da autorização. A única consequência dos objetivos não serem atingidos é a revisão da autorização anteriormente concedida. Por outro lado, uma vez que os agentes econômicos atuem em consonância com o compromisso de desempenho e diante do cumprimento daquilo que foi combinado no acordo de colaboração entre concorrentes, os órgãos administrativos antitruste não poderão intervir e considerar a existência de ilícito antitruste.

Deste modo, a aprovação poderá ser revista, exceto no caso de aprovação por decurso de prazo. A revisão terá por fundamento anteriores alegações falsas ou enganosas dos interessados, o descumprimento de algumas das obrigações assumidas pelos envolvidos ou ainda a falta de obtenção os benefícios intencionados, conforme o artigo 55, da Lei Antitruste. No caso de revisão, o ato outrora aprovado deixa de ter eficácia a partir da publicação na imprensa oficial¹²⁹.

Por outro lado, o CADE também poderá concluir pela rejeição da prática. Em decorrência disso, os efeitos já produzidos terão de ser desfeitos, a não ser aqueles que forem irreversíveis. Poderão ser impostos o desfazimento de operações societárias, descontinuidade de certas atividades, entre outras consequências. O CADE ainda poderá instaurar procedimento administrativo com a finalidade de apurar eventuais responsabilidades por infrações à ordem econômica.¹³⁰

¹²⁸ SCHUARTZ, op. cit., p. 69.

¹²⁹ COELHO, op. cit., p.129, 130.

¹³⁰ FORGIONI, op. cit., p. 197-199.

5.4. A Repressão da Infração à Ordem Econômica decorrente de Acordos entre Agentes Econômicos

A repressão aos acordos entre agentes econômicos que resultem em infração à ordem econômica é realizada pelo CADE, mediante o procedimento administrativo que foi acima comentado. Antes mesmo do final do procedimento administrativo, se entender necessário o CADE poderá impor medida preventiva, para evitar maiores danos à ordem econômica.

O procedimento administrativo pode, no entanto, não chegar ao seu final, tendo em vista que o representado pode firmar compromisso de cessação com o CADE, ou com a SDE, devendo neste caso ser ratificado pelo CADE, que não importa todavia em reconhecimento da matéria de fato ou da ilicitude da conduta. O termo de cessação deve conter as obrigações do representado para fazer cessar a prática investigada, o valor da multa em caso de descumprimento do acordo e a obrigação de informar o CADE a respeito de sua atuação no mercado.

No caso do procedimento seguir normalmente até a configuração ou não da infração, o CADE está plenamente vinculado às disposições legais atinentes, possuindo, porém discricionariedade para a aplicação da sanção. Todavia, como salienta FÁBIO ULHOA COELHO, o CADE deverá ponderar tal possibilidade à luz da política econômica adotada pelo governo.¹³¹

As penas aplicadas pelo CADE podem ser de natureza pecuniária, ou importar numa conduta ou abstenção.

A pena pecuniária poderá ser aplicada a qualquer um dos sujeitos passivos da lei antitruste, abrangendo empresas, pessoas físicas e demais pessoas jurídicas, inclusive associações. Também poderá ser aplicada ao administrador que for considerado direta ou indiretamente responsável pela infração.

O cálculo da multa a ser aplicada é regulado pelo artigo 23, da Lei 8.884/94. Para a multa aplicada à empresa ou ao administrador, a base de cálculo será o faturamento bruto do exercício anterior à instauração do procedimento.* Para a empresa, a pena será na porcentagem de um a trinta por cento, enquanto que, para

¹³¹ COELHO, op. cit., p. 87.

* Do faturamento bruto deverão ser excluídos os impostos. O artigo 16, do CTN, define imposto como "o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte."

o administrador. a multa irá variar de dez a cinquenta por cento do valor aplicado à empresa. Perante o CADE, a multa deverá ser paga pelo administrador, mas nada impede que ele venha ser ressarcido pela sociedade. Às demais pessoas físicas e jurídicas que tiverem figurado como representados no procedimento administrativo, caso não seja possível o cálculo nas mesmas bases utilizadas para as empresas, será aplicada multa variando entre seis mil e seis milhões UFIRs.

Além das penas pecuniárias, poderão ser aplicadas as penas descritas no artigo 24, da Lei 8.884/94. O inciso I prevê a publicação da decisão condenatória em jornal de grande circulação, a ser promovida pelo infrator, por dois dias seguidos, de uma a três semanas consecutivas, periodicidade esta que pode ser reduzida pelo CADE. O inciso II contempla a possibilidade de proibir o agente econômico de contratar com a Administração Pública por prazo superior a 5 anos. O prazo máximo, na visão de FÁBIO ULHOA COELHO, deve ser de dez anos, tendo em vista o impacto social causado pelas infrações à ordem econômica.¹³² O inciso III, confere ao CADE a possibilidade de inscrever o infrator no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor.

O inciso IV contempla duas punições, ambas consistentes em recomendações a órgãos da Administração Pública. A primeira é a recomendação ao INPI que conceda ao infrator licença compulsória de patentes de sua titularidade. No entanto, a recomendação só terá valor prático no caso de o INPI estar autorizado a conceder a licença compulsória nos termos dos artigos 68 e seguintes, da Lei 9.279/96. A segunda é a recomendação à Receita Federal que não conceda parcelamento ou que cancele total ou parcialmente subsídios ou incentivos fiscais. Neste caso, a penalidade só será cumprida se a lei tiver conferido à Fazenda a discricionariedade na prática do ato. Por fim, o inciso V estipula que o CADE poderá determinar a cisão da sociedade, a cessação parcial de atividades, a transferência do controle societário, a venda de ativos ou outro ato que for necessário para a eliminação das consequências do ilícito. Note-se que, em alguns casos, como a venda de ativos, não basta a simples determinação pelo CADE. Se não houver compradores interessados, de nada adiantará a estipulação da punição.

¹³² COELHO, op. cit., p. 92.

Por fim, cumpre ressaltar que o CADE possui discricionariedade para aplicar a punição, mas deve atuar em consonância com a política econômica do governo, levando em conta os fatores elencados no artigo 27, da Lei 8.884/94, quais sejam a gravidade da infração; a boa-fé do infrator; a vantagem auferida ou pretendida pelo representado; a consumação ou não da infração; o grau de lesão ou o perigo de lesão à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores ou a terceiros; os efeitos econômicos prejudiciais ao mercado; a situação econômica do infrator e a reincidência. Tal repressão deve ser analisada caso a caso, considerando as vicissitudes de cada mercado relevante.

Os critérios para a apreciação dos acordos entre agentes econômicos já foram objeto de consideração no item anterior e no capítulo que foi destinado exclusivamente à apreciação de tais acordos. Cumpre ressaltar, porém, que, para a configuração da conduta ilícita pelos órgãos antitruste, diante de acordos entre agentes econômicos, é necessário que por algum meio se verifique a colusão entre os agentes, de modo a infringir a concorrência nos termos acima expostos.

Caso os agentes econômicos persistam na prática restritiva da concorrência, o CADE poderá aplicar multa diária de valor que varia de cinco mil a cem mil UFIRs, consoante o determinado no artigo 25, da Lei 8.884/94.

6. Conclusão

Em primeiro lugar, é de se ressaltar, com FÁBIO KONDER COMPARATO, que é necessário, para a análise de qualquer ramo do direito, a integração entre o estudo de sua evolução histórica, de seu aspecto formal e de sua utilidade prática.¹³³

O direito antitruste tem o objetivo definido pelo artigo 170, da Constituição Federal, de assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social, na medida em que confere concreção aos princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência. Assim sendo, as autoridades encarregadas da aplicação de tal ramo do direito devem ter em mente que a tutela da livre concorrência não pode ser realizada em detrimento de outros princípios constitucionais, que devem ser efetivados, com vistas à concretização dos princípios fundamentais e dos orientadores da ordem econômica, em especial da valorização do trabalho e da tutela do consumidor, o qual deve ser respeitado em todas as decisões tomadas em matéria antitruste.

Desta forma, por mais que determinados acordos entre agentes econômicos, pela análise de seu conteúdo, se caracterizem, via de regra, como infrações à ordem econômica, a autoridade antitruste não poderá fugir à orientação constitucional e legal presente em nosso direito, que reprime a conduta anticoncorrencial desde que venha a comprometer a livre concorrência e a livre iniciativa, dominar mercado relevante, promover aumento arbitrário de lucros ou decorrer de abuso de posição dominante.

De modo que podem ocorrer infrações à ordem econômica por variadas formas a partir da formação dos acordos horizontais e verticais, seja pela imposição de condutas pelos agentes dominantes, como se verifica freqüentemente dentro dos cartéis, seja pela dominação exercida pelo próprio cartel. Nos acordos verticais, também se pode verificar tal abuso, especialmente mediante o estabelecimento pelo franqueador dos preços a serem exercidos pelo franqueado. Mesmo nestes casos, porém, cabe à autoridade antitruste considerar ou não a conduta uma infração, por meio da correta interpretação constitucional e legal da matéria, podendo inclusive

¹³³ COMPARATO, op. cit., p. 25.

autorizar, deixar de punir ou abrandar as punições de condutas definidas como infrações à ordem econômica.

Isto ocorre porque a sistemática de nossa legislação antitruste não vê a busca da livre concorrência como um fim em si mesma, devendo respeitar outros valores. Assim, desde que a prática considerada como infração venha a trazer benefícios para o bem-estar social, seja pelo aumento da produtividade, pelo desenvolvimento de novas tecnologias, pelos benefícios trazidos ao consumidor ou outras particularidades que venham a auxiliar no desenvolvimento econômico do país. Apenas excluem-se da possibilidade de autorização aqueles atos que importarem em aumento arbitrário dos lucros ou abuso de posição dominante, hipóteses tratadas mais severamente pelo legislador.

Note-se que o direito brasileiro, neste ponto, reprime apenas o abuso da posição dominante, e não a sua conquista. Isto porque o próprio texto constitucional reconhece a existência do poder econômico. Assim, as vantagens conquistadas pelos agentes econômicos em decorrência do andamento natural do mercado não podem ser repelidas pelas autoridades antitruste.

Outrossim, deve-se repelir a interpretação *per se* de determinados tipos de acordos entre agentes econômicos como passíveis de repressão, por ser uma técnica hermenêutica estranha à nossa sistemática antitruste. A regra da razão também possui pouca aplicação, pois não se questiona, para a configuração do ilícito antitruste, da razoabilidade da conduta em si, e sim de seus efeitos, ainda que potenciais.

Para a efetiva análise das práticas de acordos entre agentes econômicos, deve-se averiguar acerca da delimitação do mercado relevante de produtos e serviços em análise, tanto no seu aspecto geográfico, delimitado pela área em que ocorre a concorrência referente à prática analisada, como em seu aspecto material, para a determinação de qual o produto ou serviço que é oferecido pelas empresas concorrentes entre si. A partir de tal delimitação pode-se concluir pela existência da posição dominante, que possa importar em abuso, do aumento arbitrário dos lucros e da limitação da livre concorrência ou livre iniciativa.

De forma que caberá à autoridade antitruste a análise acerca das limitações que a conduta traz à concorrência e os benefícios porventura dela decorrentes. Destarte, devem ser reprimidos os acordos que forem descobertos como infrações

nos termos da legislação antitruste, que traz sanções severas, tanto de natureza pecuniária como de natureza não-pecuniária, embora algumas de pouca aplicabilidade prática, como a determinação de alienação do poder de controle, a qual não será efetivada se não houver interessados em adquiri-lo.

Por fim, deve-se frisar mais uma vez que os órgãos antitruste devem ter sua atuação compatível com a política econômica do governo, sob pena de vir a comprometê-la, ao passo que possuem o poder de impedir e sancionar condutas anticoncorrenciais. Deve-se salientar o fato de o CADE, principal órgão antitruste, estar constituído sob a forma de autarquia não se configura como óbice a tal assertiva. Não se trata aqui de restringir sua autonomia administrativa e judicante. O que se busca é a harmonização de suas decisões com a política econômica do governo. Não faria sentido que, em um sistema de direito antitruste que busca outras finalidades por meio da tutela da concorrência, notavelmente o desenvolvimento econômico, a existência digna e a tutela consumerista, houvesse decisões contrárias a tais objetivos. Seria um desvirtuamento da função do CADE dentro do sistema, pois, em última análise, a política econômica adotada deve ter por base os pressupostos acima apontados, ainda que isto ocorra apenas na opinião do governo e de seus aliados.

Diante do que foi exposto, portanto, é possível concluir que o modelo brasileiro de regulação da infração à ordem econômica, decorrente de acordos horizontais e verticais, comporta duas modalidades de atuação dos órgãos administrativos encarregados de sua efetivação: a prevenção e a repressão. Uma vez que determinada combinação entre agentes econômicos é identificada como acordo horizontal ou vertical, devem ser observados rigorosamente os incisos do artigo 20, da Lei Antitruste, para que a prática seja considerada uma infração à ordem econômica. Isto porque a configuração da infração é atividade plenamente vinculada.

De outra parte, a aplicação da sanção pelo órgão estatal é atividade discricionária. Na análise de conveniência e oportunidade da decisão, o aplicador da norma deverá considerar se a prática anticoncorrencial poderá trazer benefícios para a realidade socioeconômica brasileira. A tutela do consumidor deve ter uma grande relevância nesta avaliação. Esta, porém, não poderá prescindir do exame da política econômica do governo e de como a decisão a ser tomada pode afetá-la. Caso

contrário, a decisão não será concernente aos fundamentos do direito antitruste brasileiro, que passam necessariamente pela noção de que a defesa da concorrência não é um fim em si mesma. Neste sentido, o antitruste é um importante instrumento para a efetivação de uma política econômica, pois a sua orientação deve levar em conta o desenvolvimento da economia nacional.

LISTA DE REFERÊNCIAS

1. BASTOS, C. R.; MARTINS, I. G. **Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1990, v. 7, p. 99, 100.
2. GONÇALVES NETO, A. de A. **Apontamentos de Direito Comercial**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 1998, p. 232.
3. COELHO, F. U. **Curso de Direito Comercial**. 5. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2001, v. 1, p. 182.
4. GRAU, E. R.; FORGIONI, P. Restrição à concorrência, autorização legal e seus limites – Lei 8.884, de 1994 e Lei 6.729, de 1979 (“Lei Ferrari”). **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo, v. 114, p. 260, abril-junho de 1999.
5. FORGIONI, P. **Os fundamentos do antitruste**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 25-31.
6. GRAU, E. R. **A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 15-19.
7. DANTAS, I. **Princípios Constitucionais e Interpretação Constitucional**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995, p. 17-22.
8. BASTOS, C. R. **Curso de Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 461.
9. VIDIGAL, G. de C. **Teoria Geral do Direito Econômico**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 14.
10. ROCHA, C. L. A. Constituição e Ordem Econômica. In: **Debate sobre a Constituição de 1988**. 1ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2001, p. 14.

11. COMPARATO, F. K. O indispensável direito econômico. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 353, p. 15-17, março de 1965.
12. SILVA, J. A. da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 762.
13. FARIA, W. R. **Constituição Econômica: liberdade de iniciativa e de concorrência**. 1 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1990, p. 106.
14. BARROSO, L. R. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 795, p. 70, janeiro de 2002.
15. FERREIRA FILHO, M. G. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 301.
16. VAZ, I. **Direito Econômico da Concorrência**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 57.
17. MEYER-PFLUG, S. Lei Antitruste. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 32, p.201, julho-setembro de 2000.
18. SALOMÃO FILHO, C. **Direito Concorrencial - as estruturas**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 67.
19. SALOMÃO FILHO, C. Apontamentos para formulação de uma teoria jurídica dos cartéis. **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo, v. 121, p. 20-23, janeiro-março de 2001.
20. SCHUARTZ, L. F. Ilícito Antitruste e acordos dentre concorrentes. **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo, v. 124, p. 67-69, outubro-dezembro de 2001.

21. SILVA, A. L. M. da. A franquia e as infrações da ordem econômica. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 358, p. 5-10, novembro-dezembro de 2001.
22. COELHO, F. U. **Direito Antitruste Brasileiro – Comentário à Lei 8.884/94**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 59, 60.
23. CUELLAR, L. **Abuso de posição dominante no direito de concorrência brasileiro**. Curitiba, 1997, 92 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, pp. 64-69.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, L. R. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 795, p. 55-76, janeiro de 2002.

BASTOS, C. R. **Curso de Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 462-474.

BASTOS, C. R.; MARTINS, I. G.. **Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1990, v. 7, p. 3-39, 70-82, 93-102.

COELHO, F. U. **Direito Antitruste Brasileiro – Comentário à Lei 8.884/94**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

COELHO, F. U. **Curso de Direito Comercial**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, v. 1, p. 179-236.

COELHO, Y. C. **Disciplina jurídico-constitucional da iniciativa privada**. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=189>> Acesso em 25 jun. 2003

COMPARATO, F. K. O indispensável direito econômico. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 353, p. 14-26, março de 1965.

CUELLAR, L. **Abuso de posição dominante no direito de concorrência brasileiro**. Curitiba, 1997, 92 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

DANTAS, I. **Princípios Constitucionais e Interpretação Constitucional**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995.

FARIA, W. R. **Constituição Econômica: liberdade de iniciativa e de concorrência**. 1 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1990.

FERREIRA FILHO, M. G. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 297-307.

FORGIONI, P. **Os fundamentos do antitruste**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

GASTALDI, J. P. **Elementos de Economia Política**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 189-198.

GONÇALVES NETO, A. de A. **Apontamentos de direito de comercial**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 1998, p. 229-257

GRAU, E. R. **A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

GRAU, E. R.; FORGIONI, P. Restrição à concorrência, autorização legal e seus limites – Lei 8.884, de 1994 e Lei 6.729, de 1979 (“Lei Ferrari”). **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo, v. 114, p. 258-272, abril-junho de 1999.

MEYER-PFLUG, S. Lei Antitruste. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 32, p.199-209, julho-setembro de 2000.

PAMPLONA, J. F. A importância do conceito de mercado relevante na análise antitruste. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2337>> Acesso em 17 junho 2003.

ROCHA, C. L. A. Constituição e Ordem Econômica. In: **Debate sobre a Constituição de 1988**. 1ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2001, pp. 9-34.

SALOMÃO FILHO, C. **Direito Concorrencial - as estruturas**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SALOMÃO FILHO, C. Apontamentos para formulação de uma teoria jurídica dos cartéis. **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo, v. 121, p. 18-30, janeiro-março de 2001.

SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO ECONÔMICO. Parecer nº 070/MF/SEAE/COGDC-DF de 27 de fevereiro de 2002. Processo Administrativo nº 08000.024581/94-77. Relatores: Miguel Ragone de Mattos, Pedro de Abreu e Lima Florêncio e Cleveland Prates Teixeira. Disponível em <<http://www.fazenda.gov.br/seae/documentos/pareceres/Infra-Estrutura/PcrPApostosDFPedroab.PDF>> Acesso em 16 agosto 2003.

SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO ECONÔMICO. Parecer nº 291/2002/COGDC-DF/SEAE/MF de 29 de agosto de 2002. Sugestão de sanção por prática de cartel no âmbito do Processo Administrativo nº 08012.004086/2000-21. Relatores: Pedro de Abreu e Lima Florêncio e Mariana Tavares de Araújo. Disponível em <<http://www.fazenda.gov.br/seae/documentos/pareceres/Bens%20Duráveis/PcrParecer291PA080120040862000-21.PDF>> Acesso em 15 agosto 2003.

SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO. Parecer de 17 de maio de 2001. Processo Administrativo nº 08012.009991/98-82. Relatora: Alessandra Viana Reis. Disponível em <<http://www.mj.gov.br/sde/dpde/pareceres/pa/lguatemi-alegacoes%20publica.htm>> Acesso em 18 agosto 2003.

SEVERINO, A. J. **Metodologia do trabalho científico**. 20. ed. São Paulo: Ed. Cortez, 1996.

SILVA, J. A. da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, pp. 761-787.

SILVA, A. L. M. da. A franquia e as infrações da ordem econômica. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 358, p. 3-10, novembro-dezembro de 2001.

SCHUARTZ, L. F. As razões do direito da concorrência. **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo, v. 118, p. 77-87, abril-junho de 2000.

SCHUARTZ, L. F. Ilícito Antitruste e acordos dentre concorrentes. **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo, v. 124, p. 47-71, outubro-dezembro de 2001.

SCHUARTZ, L. F. Monopolization, attempt to monopolize e a interpretação do inciso II do art. 20 da Lei 8.884, de 1994. **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo, v. 119, p. 77-87, junho-setembro de 2000.

SODRÉ FILHO, A. C. de A.; ZACLIS, L. **Comentários à legislação antitruste**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 1992.

TEIXEIRA, A. **Mercado e imperfeições de mercado: o caso da assistência complementar**. Disponível em: <
http://www.ans.gov.br/portal/upload/forum_saude/forum_bibliografias/abrangenciadarregulacao/AA4.pdf

VAZ, I. **Direito Econômico da Concorrência**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

VIDIGAL, G de C. **Teoria Geral do Direito Econômico**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.